SEPARAÇÃO DE PODERES

VOLUME 1

ORGANIZADOR:

SÉRGIO ANTÔNIO FERREIRA VICTOR

Organização

Sérgio Antônio Ferreira Victor

SEPARAÇÃO DE PODERES

1ª edição

Autores:

Ana Paula Oliveira de Souza

Emilly Azevedo de Souza

Francilma Mendonça

Gustavo Henrique Dutra Dantas

João Guilherme Sampaio dos Anjos

Jucelane Tagliari

Manoel Messias de Sousa

Lucas Sales da Costa

Louise Nicácio Santa Cruz

IDP

Brasília

2015

Uma publicação Editora IDP

Revisão e Editoração: Ana Carolina Figueiró Longo

SUMÁRIO

A SEPARAÇÃO DE PODERES COM ENFOQUE NA ADI 3.367\DF........................... 6

Ana Paula Oliveira de Souza 6

SEPARAÇÃO DE PODERES: TEORIA E CRÍTICA.. 20

Emilly Azevedo de Souza 20

SEPARAÇÃO DE PODEREs... 26

Francilma Mendonça 26

VIOLAÇÃO DO PRINCIPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES POR PARTE DO PODER JUDICIÁRIO NAS DELIBERAÇÕES DO PODER LEGISLATIVO. 33

Gustavo Henrique Dutra Dantas 33

A TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES DE MONTESQUIEU E AS EXPERIÊNCIAS CONSTITUCIONAIS DOS EUA E DO BRASIL...............................45

João Guilherme Sampaio dos Anjos 45

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E O PODER JURISDICIONAL:Um enfoque sob a usurpação de competências 56

Jucelane Tagliari 56

ANÁLISE DO ALCANCE DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL PARA A EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS AUTORIZANDO A CONCESSÃO DE CRÉDITOS EXTRAORDINÁRIOS: EFEITOS PRÁTICOS E ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 66

Louise Nicácio Santa Cruz 66

TEORIA DOS DIÁLOGOS INTERINSTITUCIONAIS E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL 77

Lucas Sales da Costa 77

SEPARAÇÃO DE PODERES: TEORIA E CRÍTICA.. 85

Manoel Messias de Sousa 85

A SEPARAÇÃO DE PODERES COM ENFOQUE NA ADI 3.367\DF

Ana Paula Oliveira de Souza

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo analisar os aspectos históricos do princípio da separação de poderes e sua efetivação na Constituição Federal (CF) de 1988, mais especificamente sobre a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), instituído com a finalidade de exercer o controle externo do Poder Judiciário.

A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) ingressou com Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI)n. 3.367 \DF perante o Supremo Tribunal Federal (STF) arguindo que a criação do CNJ violaria a separação dos poderes, entre outros argumentos que serão aqui analisados.

O Plenário do STF analisou no dia 13 de abril de 2005 a referida ADI, entendendo que a criação do Conselho não violaria a separação dos poderes, exercendo este apenas uma função administrativa que não afeta o núcleo político do princípio da separação dos poderes, pois, preserva a função jurisdicional.

Os argumentos da declaração de constitucionalidade do CNJ pelo Supremo Tribunal Federal serão analisados no desenvolvimento deste trabalho.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. ASPECTOS EMPÍRICOS E CONSOLIDAÇÃO NOS PAÍSES DEMOCRÁTICOS

A palavra "poder" possui várias acepções. Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, "o poder é hoje tido, nas ciências Sociais, como um fenômeno fundamental, a partir do qual se edificam a Política, o Direito e a estratégia".[1]

O tema "separação de poderes" pode até passar a ideia de que existem vários poderes,mostrando-se, portanto, algo equivocado, pois o poder estatal é unitário, ou seja, é uno, indivisível. Existe sim uma divisão funcional do poder entre os órgãos que devem equilibrar-se por um conjunto de razões constitucionais.

Como bem evoca Vera de Araújo de Grillo:

> [...] a ideia de separação dos poderes vincula-se à tentativa de não se permitir o enfeixamento ou a concentração do poder nas mãos de uma só pessoa ou de um grupo restrito, estabelecendo-se o controle necessário para garantia das liberdades individuais e da democracia.[2]

Segundo o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, "toda a sociedade onde a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição".[3]O princípio de separação dos poderes é aplicado em todas as Constituições dos países democráticos de direitos, sendo algo consolidado, como, por exemplo, o liberalismo, onde os documentos são intitulados como constituição, mas que não garante nenhum

---

[1]MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Teoria de poder – Sistema de Direito Político – Estudo Juspolítico do poder – Parte 1*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

[2]ROCHA, Leonel Severo. *Teoria do Direito e do Estado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994. p. 113.

[3]DECLARAÇÃO de Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 16 out. 2014.

tipo de direito e que não consagra a separação dos poderes para limitar o poder estatal; logo, não pode ser chamado de constituição. Neste sentido, para ser uma constituição autêntica, deve possuir ideias básicas do constitucionalismo.

Desde a Antiguidade já se discutia a ideia da separação de poderes, mas não com o formato da atualidade. A primeira nação a adotar a separação de poderes foram os Estados Unidos da América (EUA), em sua Constituição de 1787. Em seguida, tem-se a Constituição Francesa de 1791.

Aristóteles, em sua obra *A Política*, foi quem primeiro abordou a divisão funcional de governo, não de forma completa. Tal escrito foi de grande importância para o tema "separação de poderes", pois distinguia as funções estatais em três formas de poderes, quais sejam: deliberativo, executivo e judiciário.

Neste sentido, Dallari faz referência À Aristóteles ao afirmar que:

> O antecedente mais remoto da separação dos poderes encontra-se em Aristóteles, que considera injusto e perigoso atribuir-se a um só indivíduo o exercício do poder, havendo também em sua obra uma ligeira referência ao problema da eficiência, quando menciona a impossibilidade prática de que um só homem previsse tudo o que nem a lei pode especificar.[4]

Posteriormente, o tema foi abordado por John Locke, na obra *SegundoTratado do Governo Civil*. Como teórico da bipartição de poderes, Locke apontava quatro funções fundamentais que seriam exercidas por dois órgãos de poder, quais sejam: a função legislativa – poder legislativo com a principal função do parlamento que era o financeiro, caso que a primeira função do parlamento não foi legislar, mas sim financeira, a função executiva poder executivo a qual caberia a execução das leis da sociedade, sendo dividida em função federativa e a função prerrogativa. Não fazendo menção ao Judiciário.

Segundo Ives Gandra da Silva Martins,

> [...] o que Locke e a Inglaterra ofertaram para o aprofundamento temático de Montesquieu foi a tripartição equilibrada do poder, hoje estamos convencidos quanto mais lemos os autores modernos – de que, em matéria de Direito, pouco se acrescentou ao que os romanos

---

[4] BARBOSA, Marília Costa. Revisão da Teoria da Separação dos Poderes do Estado. *Rev. Cient.Fac. Lour. Filho,*v.5, n.1, p. 1-16, 2006.

> criaram; e, em matéria de Filosofia, pouco se acrescentou ao que os gregos desvendaram qualquer filosofia posterior como Poíbio, que era também historiador, passando por Hume, Hobbes, Locke, Bacon, Maquiavel – historiador, filosofo, político e sociólogo – Rosseau e outros, traz pequena contribuição ao pensamento universal descortinado pelos gregos. Tenho a impressão que depois dos gregos pouca coisa se pôde criar. Criaram-se variações inteligentes, mas o tema central de Filosofia se encontram na Grécia e o do Direito em Roma. Ora, com a tripartição equilibrada de poderes de Montesquieu, chega-se à discussão do sistema de governo, já a esta altura, após a Revolução Francesa, eliminando-se de vez a possibilidade de se discutir a permanência de monarquias absolutas.[5]

O tema "divisão de funções" é fruto de várias reflexões filosóficas, ganhando força com a obra espírito das leis de Montesquieu. Segundo Montesquieu, "para que não se possa abusar do poder, é preciso que pela disposição das coisas, o poder limite o poder." Acrescenta ainda que "para que o poder limite o poder, é preciso que haja separação de órgãos, a especialização de funções e a cooperação entre esses órgãos".[6]

Montesquieu dividiu os poderes do Estado em três, a saber: Legislativo, Executivo e Judiciário, ou seja, para ele, havia uma tripartição de poderes. O poder legislativo teria a função de elaborar as leis, o executivo exercendo a função de administrar e o Judiciário de punir crimes e julgar as demandas particulares.

Depois da tripartição de poderes de Montesquieu a limitação de poder é feita pela separação de poderes. O sistema de separação de poderes é o sistema utilizado nas constituições modernas para superar o absolutismo, para limitar o poder estatal. Segundo Montesquieu todo aquele que detém o poder e não encontra limites tende dele abusar. A ideia da separação de poderes é limitar que se abuse do poder.

---

[5]BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 187.

[6]FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros; FERREIRA E COSTA, Mônica Aragão Martiniano. *Aulas de Teoria do Estado.* 3.ed.rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010. p. 191.

2.2. PREVISÃO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

No Brasil, a separação dos poderes está prevista no art. 2º da Constituição Federal (CF) de 1988, "segundo o qual são poderes da União harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e Judiciário"[7], devido seu grau de importância e elevado como clausula pétrea, não podendo ser objeto de emenda tender a abolir o art. 60, § 4º, inc. III da Carta Magna.

A CF de 1988 prevê controle recíproco somente sendo admitido nas hipóteses expressos, há entendimento no supremo que os estados e municípios não podem criar nova forma de controle, pelo princípio da simetria, há extensão dos princípios e das regras básicas de organização política prevista para a união.

2.3. ANÁLISE DA ADI 3.367/DF SOB A ÓTICA DO VOTO DO MINISTRO CEZAR PELUSO

Dentro do tema "separação de poderes", será abordado uma das mais importantes inovações da Emenda Constitucional (EC) n. 45/2004, a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o qual foi alvo de resistência e objeto de ampla discussão entre magistrados, doutrina e sociedade, durante todo o projeto de elaboração de tal órgão e mesmo depois de aprovado.

Em 08 de dezembro de 2004, logo após a promulgação da ECn. 45\2004, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), ingressaram com Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) no Supremo Tribunal Federal (STF), questionando a criação do CNJ, tendo como Relator o Ministro Cezar Peluso. A ação questionava os arts. 1º e 2º da referida EC, em especial, o art. 103-B da CF de 1988.

Os fundamentos jurídicos do pedido mais contundente foram que:

a instituição do CNJ implicaria na violação ao princípio da separação e da independência dos poderes – art. 2º da CF de 1988;

---

[7] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16out. 2014.

a ofensa ao pacto federativo – arts. 18, 25 e 125 da CF de 1988; e

a violação as regras de votação e discussão da Emenda conforme o art. 60, § 2º da CF de 1988, uma vez que o art. 103-B, § 4º, inc. III da Carta Magna não teria sido submetido às duas casa do Congresso Nacional, mas apenas ao Senado Federal (SF).

A Advocacia Geral da União (AGU) arguiu serem os pedidos juridicamente impossíveis por ter sido aduzidos antes da publicação oficial, pedindo a extinção do processo sem julgamento de mérito.

No dia 13 de abril de 2005, o STF julgou em audiência no Plenário a ADI 3.367, declarando constitucional a criação do CNJ, cujos argumentos serão analisados.

O Ministro Cezar Peluso deu razão a AGU quanto à impossibilidade de controle preventivo de Ação Direita de Constitucionalidade (ADC), porém, com a publicação superveniente da emenda teria remediado a carência. Argumentou ainda que sendo o processo declarado extinto a autora ingressaria novamente o mesmo feito. O ministro cita a advertência de Liebman: "as formas são necessárias, mas o formalismo é uma deformação".[8]

A ECn. 45\2004 positivou no art. 5, inc. LXXVIII, da CF de 1988, o princípio da duração razoável do processo judicial e administrativo.[9] É um direito subjetivo de todos a um processo célere impondo ao Poder Público em geral e ao Poder Judiciário, em particular a adoção de medidas destinadas a garantir esse direito. O prolongamento indefinido ou ilimitado do processo judicial afeta de forma direta a ideia de proteção judicial efetiva.[10]

---

[8]SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. *ADI 3.367\DF*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>. Acesso em: 16 out. 2014.

[9]BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16out. 2014.

[10]MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet.*Curso de Direito Constitucional.* 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 393

O Poder Público tem que obter o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo possível de dispêndio, sendo declarado extinto o processo ocorreria uma morosidade no judiciário o que causaria perdas enormes a toda a sociedade.

Ao analisar o argumento da violação ao princípio da separação de poderes, entende o Relator que somente estaria violada quando houvesse redução de seu âmbito primitivo, transferência de prerrogativas a outro poder mesmo que não houvesse submissão política. No caso do judiciário seria a supressão da imparcialidade.

O Ministro remota as matrizes históricas da separação de poderes citando diversos filósofos entre eles Montesquieu jamais defendeu a ideia de uma separação de função absoluta e rígida entre os órgãos incumbidos de cada uma das funções estatais.

É indiscutível a positivação do princípio da separação de poderes no ordenamento constitucional brasileiro, uma vez sãoconferidos capítulos distintosà organização de cada poder.

A intenção do Poder Constituinte com a adoção de tal princípio era salvaguarda as funções típicas de cada poder, mas temperando a prescrição das outras atribuições, muitas vezes prevendo controle reciproco que funcionaria como um sistema de cooperação.

Em relação à composição hibrida do Conselho comprometer a independência interna e externa do judiciário, o Relator entende ser o argumento fraco primeiramente porque o CNJ não possui competência jurisdicional e quanto ao controle da atuação administrativa financeira do referido poder não se pode esquecer que o Poder Legislativo como auxilio do Tribunal de Contas da União (TCU) exerce o controle externo daquele, de acordo com os arts. 70 e 71 da CF de 1988, sem que isso comprometesse o sistema da separação, mas funcionando como um sistema de freios e contra pesos.

Umas das atribuições do Conselho remete ao controle do cumprimento dos deveres funcionais dos Juízes. Nas palavras do Relator, “representa uma conquista do estado democrático de direito, a consciência de que mecanismos de responsabilidade dos juízes por inobservância das obrigações funcionais são também imprescindíveis à boa prestação jurisdicional”. Afirma ainda que “os instrumentos orgânicos de

controle ético-disciplinar dos juízes não são suficientes principalmente nos graus superiores de jurisdição”.[11]

Ainda cita as palavras de Nicoló trocker: “[...] o privilegio da substancial irresponsabilidade do magistrado não pode constituir o preço que a coletividade é chamada a pagar, em troca da independência dos juízes.”

Para Lima Lopes,

> [...] o Poder Judiciário não pode ser independente, no sentido de irresponsável, ou não prestar constas à sociedade, aos cidadãos, no que diz respeito à máquina judicial. Se quisermos livrar os juízes do controle dos cartórios, dos *lobbies*, das pressões corporativas, é preciso coloca-los ombreados com a cidadania.[12]

Quanto ao temor gerado pela presença de não magistrados no Conselho, é preciso recordar que a maioria qualificada de membros do CNJ é formada por juízes e que a função de Ministro-Corregedor é exercida pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e que a composição de não magistrados e mista de representantes do Ministério Público (MP) e da advocacia esses exercem funções essenciais da justiça, e de dois cidadãos indicados pelo legislativo devendo possuir notável saber jurídicos e reputação ilibada, como nota Boaventura Sousa Santos: “[...] a democratização da justiça é uma dimensão fundamental da democratização da vida social, econômica e política”.[13]

Há ainda de ressaltar que se a regra quinto constitucional que insere no judiciário membros não pertencentes a magistratura, investidos de funções típicas do Judiciário não ofende o princípio da separação e independência dos poderes, caso que a incorporação de terceiros ao novo órgão do judiciário desprovido de competência jurisdicional não representaria nenhum perigo.

---

[11] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. *ADI 3.367\DF.* Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>. Acesso em: 16 out. 2014.

[12] Ibidem.

[13] Idem.

A autora ainda argumenta pela inconstitucionalidade do Conselho sob o argumento que este ofenderia o pacto federativo. Cabe ressaltar que o poder é uno indivisível, ou seja, o poder não se divide, caso o poder é um só, manifestando através de órgãos que exercem funções.

> O pacto federativo não se desenha nem expressa, em relação ao poder judiciário, de forma normativa idêntica à que atua sobre os demais poderes da república. Porque a jurisdição, enquanto manifestação da unidade do poder soberano do Estado, tampouco pode deixar de ser una e indivisível, é a doutrina assenta que talpoder tem caráter nacional, não existindo, senão por metáforas e metonímias, "judiciário estaduais" ao lado de um "judiciário federal".[14]

Perceber-se que o judiciário é único não podendo negar a sua unicidade, isso importaria em desconhecer o unitário tratamento orgânico dado pela Carta Maior, existe lei nacional e estatuto que conduz toda a magistratura.

A criação do CNJ não desnatura o Pacto Federativo, tratando-se de órgão federal de representação nacional do Estado Unitário, não pertencente a União, mas ao Poder Judiciário. O relator transcreve a opinião do juiz Luís Flávio Gomes:

> O que está faltando na estrutura do Poder Judiciário brasileiro de a criação de um Conselho Nacional da Magistratura, que deve encarregar-se, precipuamente, de duas tarefas: do controle disciplinar de todos os juízes do país, bem como da qualidade do juiz e do serviço prestado por todos os órgãos jurisdicionais. Seria ainda da sua competência a supervisão dos atos administrativos praticados pelos Tribunais bem como os de gestão orçamentaria. Por ser órgão idealizado para unificar a política judicial em todo pais, é evidente que ainda lhe caberia encarregar-se da atividade correcional, sem prejuízo da exercida pelos Órgãos censórios já existentes nos vários setores da justiça; [...]".[15]

Com relação a criação de Conselhos estaduais declarados inconstitucionais pelo STF, invocado pela autora. Aqui cabe esclarecer que os conselhos estaduais diversamente do CNJ tratavam de órgãos de controle externo do Judiciário, cuja composição não contava com a maioria dos membros da magistratura estatuais. Já o

---

[14] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. *ADI 3.367\DF.* Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>. Acesso em: 16 out. 2014.

[15]Ibidem.

Conselho Nacional, trata-se de órgão de controle interno do Poder Judiciário, sob a presidência do presidente do STF, sua composição é composta de maioria dos membros do judiciário.Sem que possamos esquecer que a competência para julgar as ações do conselho cabe ao supremo.

Devendo ressalta ainda que o Poder Judiciário é nacional regendo pelos princípios constitucionais carecendo aos estados membros de competência para instituir conselhos externos ou internos.

Entendendo o supremo pela constitucionalidade do CNJ. Desde então,aquele Conselho vem desempenhado função de extrema importância ao Judiciário, dentre elas o desafogamento do número de processos pendentes para julgamento ao estabelecer contas de processo aos juízes, ponto este alvo de muitas críticas sob alegação de que devido a obrigação de atingir determinada metas a qualidade nas decisões estaria afetada, crítica está em parte verdadeira, mas é visível que os juízes vêm produzindo mais.

Segundo o boletim do CONJUR, a produtividade dos juízes aumentou transcorrer de 2012, no entanto longe de alcançar o suficiente para o trabalho, devendo se levar em consideração o aumento de processos novos a cada ano.

> De acordo com o estudo, o Brasil fechou 2012 com 92,2 milhões de processos em tramitação, dos quais 64 milhões eram ações pendentes de julgamento e 28,2 milhões foram ajuizadas ao longo do ano. Ou seja, o acervo representa 70% do trabalho do Judiciário. No mesmo ano, o número de processos resolvidos, ou baixados, foi de 27,8 milhões de processos. O próprio CNJ conclui que a tendência é que o número de processos em acervo aumente ao fim deste ano. De acordo com o estudo, cada magistrado julgou em média 1,4 mil processos em 2012. É 1,5% a mais que no ano anterior.[16]

De acordo com boletim de outubro de 2014 do CONJUR,

> [...] o Judiciário atingiu o seu limite de produtividade em 2013 suportado pela estrutura atual do Poder Judiciário. Dados mostram a estagnação da produtividade em 2013 fica clara ao se comparar os dados de 2012, quando foram baixados 27,6 milhões de processos, alta de 7,5% em relação ao ano anterior. No período, o número de

---

[16]CANÁRIO, Pedro. Quantidade de ações novas é maior que a de decisões. *Revista ConsultorJurídico*, 15 de outubro de 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-out-15/quantidade-processos-novos-cresce-produtividade-judiciario>. Acesso em: 16 out. 2016.

ações novas subiu 1,2% e o número de casos pendentes subiu 4,2%, o que aumentou a carga de trabalho por magistrado em 1,8%.[17]
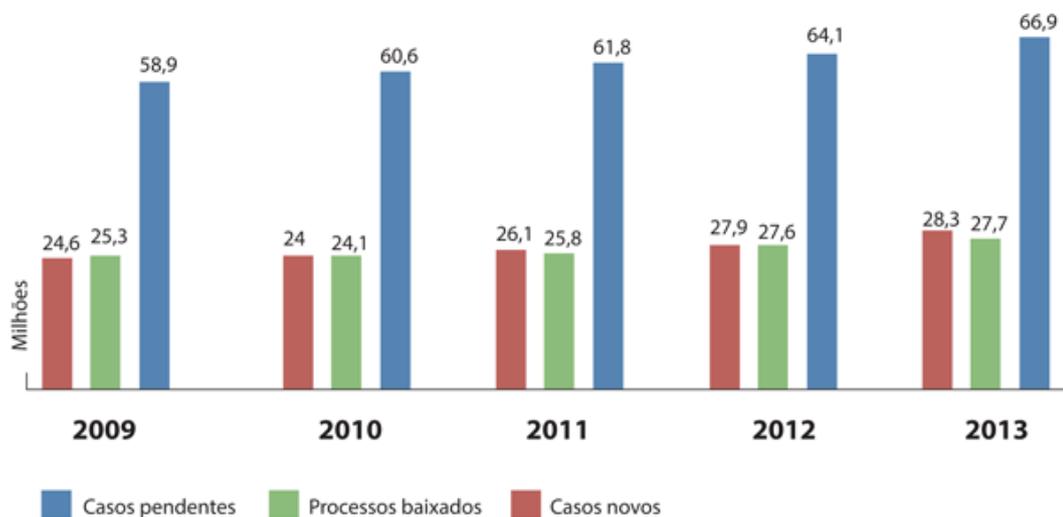
Gráfico 1 – Separação dos poderes com enfoque na ADI 3.367/DF.[18]

CONCLUSÃO

Ao analisar a história do surgimento do tema “separação de poderes”, é possível perceber que não foi intenção de nenhum dos doutrinadores uma separação imutável entres os poderes. A sociedade estar em constante evolução determinado do estado aperfeiçoamento das suas funções, caso que o conceito de separação inalterável das funções dos poderes deve ser afastada, não fazendo sentido os poderes do Estado permanecer estático não acompanhando o desenvolvimento da sociedade.

A cooperação entre os poderes permite soluções mais eficaz por parte Estado, além de funcionar como limitador do poder, assim como bem coloca Montesquieu: “[...] para que não se possa abusar do poder, é preciso que pela

---

[17] CANÁRIO, Pedro. Judiciário atingiu ápice da produtividade, enquanto demanda continua a aumentar. *Revista Consultor Jurídico*, 23 de setembro de 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-set-23/justica-atingiu-apice-produtividade-mostra-estudo-cnj>. Acesso em: 16 out. 2016.

[18] Ibidem.

disposição das coisas, o poder limite o poder".[19] Portanto, com a intenção de uma prestação de serviço eficaz do Poder Judiciário brasileiro foi criado o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com o objetivo de fiscalizar a sua função interna.

A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) ingressou com ADI 3.367/DF, perante o Supremo Tribunal Federal (STF) questionando a inconstitucionalidade do recém-criado conselho, conforme os argumentos aqui apresentados.

A competência do CNJ é estritamente administrativa. Quanto à composição heterogenia, é possível destacar a título de exemplo a do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que não é composta exclusivamente por membro da magistratura e isso nunca foi alegado como interferência nas funções típicas dos magistrados e além do mais a composição do referido conselho e de maioria de membros da magistratura e a sua presidência cabe ao presidente do STF e a função de corregedor é exercida pelo presidente do STJ, portanto é improvável que o conselho interfira na imparcialidade dos juízes ou venha desconfigurar tal poder.

E além disso, não se pode invocar que este Conselho afronta ao pacto federativo uma vez que trata de órgão interno do poder judiciário, tratando de órgão nacional não pertencente a União, ressaltando a ideia de um poder indivisível, caso que a distribuição da estrutura do judiciário e apenas quanto a seus trabalhos.

A positivação do CNJ no ordenamento jurídico brasileiro representa um avanço para estado democrático de direito, constituindo uma das características da forma de governo a República a repartição de funções, portanto a necessidade de ferramentas que responsabilização os juízes, quando por exemplo trabalhe de forma morosa, fez necessário a instituição de tal conselho, questionam sobre as corregedorias existente para este fim, objetivo este não alcançado por estas devido a corporativismos existente em todas as profissões, caso que desde a instituição do CNJ vários trabalhos foram realizados por este órgão engrandecendo o judiciário.

---

[19]MONTESQUIEU, C. S.*O Espírito das Leis.*Trad. de Cristina Murachco. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 168.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Marília Costa. Revisão da Teoria da Separação dos Poderes do Estado. *Rev. Cient.Fac. Lour. Filho,* v. 5, n. 1, p. 1-16, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 out. 2014.

CANÁRIO, Pedro. Judiciário atingiu ápice da produtividade, enquanto demanda continua a aumentar. *Revista Consultor Jurídico*, 23 de setembro de 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-set-23/justica-atingiu-apice-produtividade-mostra-estudo-cnj>. Acesso em: 16 out. 2016.

_____. Quantidade de ações novas é maior que a de decisões. *Revista ConsultorJurídico*, 15 de outubro de 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-out-15/quantidade-processos-novos-cresce-produtividade-judiciario>. Acesso em: 16 out. 2016.

DECLARAÇÃO de Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentosanteriores%C3%Acria%C3%A7C%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-dedireitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 16 out. 2014.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros; FERREIRA E COSTA, Mônica Aragão Martiniano. *Aulas de Teoria do Estado*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTESQUIEU, C. S. *O Espírito das Leis*.Trad. de Cristina Murachco. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 168.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Teoria de poder – Sistema de Direito Político – Estudo Juspolítico do poder – Parte 1*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

ROCHA, Leonel Severo. *Teoria do Direito e do Estado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. *ADI 3.367\DF*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>. Acesso em: 16 out. 2014.

SEPARAÇÃO DE PODERES: TEORIA E CRÍTICA

Emilly Azevedo de Souza

Este artigo tem como objetivo apresentar acerca da separação de poderes na Jurisprudência dos Tribunais Superiores norteando posicionamentos sobre as questões fundamentais das instituições brasileiras. Refletindo sobre o conceito de separação de poderes tradicionalmente utilizado pelo Supremo Tribunal Federal em face as quais se desenvolve o presidencialismo de coalizão, assim como o papel que pode ser desempenhado ou não pelo Poder Judiciário.

A Constituição Federal de 1988 deliberou a estrutura política do país e suas instituições, valorizando assim cada vez mais meios pacíficos de solução de conflitos, o que trouxe certa estabilidade política ao país, que atravessou por diversas crises desde então e sempre buscando soluções amparadas pelo Direito Constitucional. Em seu artigo 2º da Constituição traz que "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário", tal artigo sustentado pela maioria dos países ocidentais e com grande literatura desde Montesquieu.

Mesmo não vendo o judiciário como um poder no mesmo nível que o executivo e o legislativo, Montesquieu[20] pregava que a estabilidade de uma República necessitava de um sistema em que houvesse formas de um poder controlar o outro para que nenhum deles pudesse governar de maneira arbitrária, dando assim a receita para impedir o abuso: "Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder"[21].

---

[20] MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède e de. O Espiríto das Leis. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

[21] AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização dos poderes em Montesquieu: comentários ao capítulo VI do livro XI de O Espiríto das Leis. Revista dos Tribunais, Ano 97, V. 868, Fev/08, São Paulo: RT, 2008.

Prevendo a dificuldade dessa premissa, Os Federalistas[22] atestaram a teoria e acreditavam que a própria estrutura interna de governo tinha que garantir o exercício separado e distinto dos poderes, o que posteriormente ficou conhecido na academia como o sistema de freios e contrapesos.

O Sistema de freios e contrapesos consiste na contenção do Poder pelo Poder, ou seja, cada Poder (Executivo, Legislativo e Judiciário) deve ser autônomo e exercer determinada função, porém o exercício desta função deve ser controlado por outros Poderes. Ou seja, os poderes são independentes, porém harmônicos entre si.

Com o Executivo mantendo suas prerrogativas, em especial, pelo poder de legislar unilateralmente sobre proposições de cunho financeiro e administrativo, a capacidade do Congresso em servir de contrapeso às iniciativas do governo ficou comprometida. Ideia de pesos e contrapesos perde seu sentido original.

A dinâmica entre os poderes incita diversos tipos de conflitos que em casos extremos podem comprometer a governabilidade do país ou mesmo a própria separação dos poderes. Isso se dá pela falta de critérios claros na definição dos limites do exercício entre cada órgão.

Entretanto, essa dinâmica das relações de poder não aponta para a existência concreta de uma atuação dos membros dos poderes de forma independente, tendo como parâmetro tão somente a função constitucionalmente atribuída a sua instituição. É necessário compreender que partidos políticos e coalizões regionais repercutem de forma decisiva no comportamento dos atores políticos que são pautados principalmente por seus compromissos políticos, em detrimento do que supostamente deveria representar o respectivo Poder.

Nesse sentido, a dinâmica entre o judiciário e o legislativo merece atenção pois os conflitos entre a visão do Supremo Tribunal Federal (STF) e do poder legislativo, representado pelo Congresso Nacional, envolvem questões polêmicas de cunho político, que impactam toda a sociedade.

Basicamente, o problema se desenvolve em torno da prerrogativa de quem tem a última palavra sobre a interpretação das leis e situações à luz da Constituição.

---

[22] MADISON, James. O Federalista n.51. In: HAMILTON, Alexander; JAY, John e Madison, James. O Federalista. Traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. 2 ed. Campinas: Russel Editores, 2005.

Em primeira análise, a própria determinação de que há uma última palavra e que um dos três poderes a possui pode conflitar diretamente com o sistema de freios e contrapesos, pois um deles necessariamente precisaria ter supremacia sobre o outro.

Vivemos em um Estado de Direito onde o judiciário teria a ultima palavra sobre os conflitos constitucionais. Vários ministros do Supremo já demonstraram concordância com essa tese no sentido em que ao judiciário como guardião da Constituição, caberia o direito de “errar por último”, onde o principal conflito enfrentado entre esse dois poderes é o chamado ativismo judicial.

Nossa recente Constituição introduziu diversas ferramentas de controle de constitucionalidade e mudou o perfil de nossa Corte Constitucional. Entre as novidades implementadas algumas vão no tocante as questões legislativas nas relações entre os dois poderes e na atuação mais ativista que vem sendo tomada pela Corte. O país passa hoje por uma crise institucional, onde os eleitores não confiam e não se sentem representados pelos seus governantes. Corroborando com essa insatisfação há certa inércia do legislativo em responder as demandas da sociedade, que não consegue a sã demanda recepcionada pelo legislativo e a direciona para o judiciário.

Nos primeiros anos de vigência da atual Constituição, o Supremo Tribunal Federal optou por atuar estritamente no âmbito de sua função precípua, qual seja interpretar e solucionar conflitos entre legislações já existentes, sob o respaldo e no que cabe a questões constitucionais. Essa posição, entretanto, foi repensada pela Corte, que passou a atuar de forma mais ativista, respondendo a demandas redirecionadas pela população. Essa curva ascendente de ativismo é notada em diversas novas democracias. Seguindo essa linha está nossa Corte, como nota Rodrigo Brandão[23], que, de fato, o judiciário passou a atuar como um certo poder normativo, através de decisões manipulativas ou interpretativas com o uso, por exemplo, de sentenças aditivas. De toda forma, como aponta Alexandre Araújo Costa[24] essa atuação só é possível quando o Tribunal identifica uma lacuna na legislação, pois não

---

[23] BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

[24] COSTA, Alexandre Araújo. Judiciário e interpretação: entre Direito e Política. In: Pensar, Fortaleza, v.18, n.1, p. 9-46, 2013.

seria coerente com o regime democrático que os juízes simplesmente trocassem a legislação em vigor por uma nova. Entretanto, o uso da interpretação conforme mostra-se quase como uma substituição da legislação, sob a justificativa de dar uma nova interpretação a um texto literal, fazendo-o se adequar as novas disposições sociais. Com isso, o texto da norma não é alterado, mas sim, o significado dado a ela. Indo além disso, o Tribunal já demonstrou sinais de entender possível ampliar seus próprios poderes, sem a necessidade de uma lei o fazer.

No âmbito estatal as relações de poder vão além de uma mera correlação abstrata entre Poderes, envolvendo elementos concretos de política partidária e imperativos de manutenção do poder que podem conduzir à cooperação entre entes políticos em detrimento do estancamento controle recíproco idealizado pelos Federalistas.

Dessa forma qualquer análise que prescinda desses aspectos das relações políticas chegará a conclusões incompletas sobre a realidade social, podendo inclusive gerar efeitos adversos e não objetivados inicialmente com a decisão tomada. Isso porque ignorar as interações partidárias e regionais no cenário político significa estabelecer parâmetros de controle dos quais escapam forças modeladoras relevantes, tornando a diretriz escolhida, em síntese ineficaz.

Por consequência, não é difícil de notar que essas considerações colocam nova luz sobre a separação de poderes, especialmente em relação ao contexto político brasileiro, no qual as interações institucionais são largamente influenciadas pela atuação unificada de Poder Executivo e Legislativo, no que se convencionou denominar presidencialismo de coalizão.

Essa expressão foi dada por Sergio Abrantes em seu artigo elaborado no contexto do processo de elaboração da Constituição Federal de 1988, para sintetizar peculiaridades do sistema político brasileiro, no qual, segundo o autor, a governabilidade só é possível com a formação de coalizões partidárias.

Nesse sentido, argumenta o autor que o presidencialismo brasileiro respalda-se em relação simbiótica e instável entre o Legislativo e o Executivo, necessária em virtude do alto grau de heterogeneidade social e pluralismo político. Portanto, o regime Brasileiro desenvolve-se em um processo complexo “de

negociação e conflito, no qual os partidos na coalizão se enfrentam em manobras calculadas para obter cargos e influência decisória"[25]

No Brasl, por ser proporcional, o sistema eleitoral é um obstáculo à governabilidade, tendo em vista que o Presidente da República precisa se comunicar com deputados que representem bases distritais com grande quantidade de votos. A ideia é eleger aqueles que representem a sua bancada dentro da Câmara Federal, mas a proporcionalidade não permite isso, posto que a decisão de escolha de seus representantes é do eleitorado.

As listas abertas são adotadas nas eleições da Câmara dos Deputados, permitindo ao eleitor indicar os candidatos de sua preferência. São eleitos aqueles que recebam o maior número de votos. As listas abertas nas eleições dificultam o sistema de freios e contrapesos. Atualmente, o sistema proporcional de listas abertas permite que o presidente seja de um partido diferente daquele que representa a maior bancada dentro do congresso, o que enfraquece seu poder de legislar.

Isto posto, é interessante observar que a revisitação dos fundamentos do postulado da separação de poderes empresta novo significado à atuação judicial na promoção da democracia deliberativa. Isso porque o STF, ao vislumbrar as relações institucionais brasileiras sob a ótica até aqui apresentada, pode contribuir para que sejam abertos canais democráticos que impeçam a atrofia do sistema político pela unidade partidária entre o executivo e legislativo. De fato Sergio Abranches já identificava a necessidade de que houvesse outra instância capaz de dialogar em determinados momentos com as esferas envolvidas da ligação do presidencialismo de coalizão.

Dessa forma, conclui-se que o postulado da separação de poderes seja revisada, de modo que possa incluir aspectos relevantes da política concreta, com o papel dos partidos políticos e das coalizões regionais, especialmente no âmbito do presidencialismo de coalizão. É como já dizia Montesquieu, a lei é indispensável para a vida social. Todo poder em excesso tende ao abuso.

---

[25] ABRANCHES, Sérgio Henrique H. de. O Presidencialismo de Coalizão: O Dilema Institucional Brasileiro. In: revista de Ciências Sociais, Rio de janeiro, vol.31, n.1, 1998, p.29.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio Henrique H. de. O Presidencialismo de Coalizão: O Dilema Institucional Brasileiro. In: revista de Ciências Sociais, Rio de janeiro, vol.31, n.1, 1998, p.29.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização dos poderes em Montesquieu: comentários ao capítulo VI do livro XI de O Espiríto das Leis. Revista dos Tribunais, Ano 97, V. 868, Fev/08, São Paulo: RT, 2008.

BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

COSTA, Alexandre Araújo. Judiciário e interpretação: entre Direito e Política. In: Pensar, Fortaleza, v.18, n.1, p. 9-46, 2013.

MADISON, James. O Federalista n.51. In: HAMILTON, Alexander; JAY, John e Madison, James. O Federalista. Traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. 2 ed. Campinas: Russel Editores, 2005.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède e de. O Espiríto das Leis. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SEPARAÇÃO DE PODERES

Francilma Mendonça

RESUMO: Primeiramente cabe ressaltar que A Teoria dos Três Poderes foi consagrada pelo pensador francês Montesquieu. Baseando-se na obra Política, do filósofo Aristóteles, e na obra Segundo Tratado do Governo Civil, publicada por John Locke, Montesquieu escreveu a obra O Espírito das Leis, traçando parâmetros fundamentais a respeito da organização política liberal. O filósofo iluminista foi o responsável por explicar, sistematizar e ampliar a divisão dos três poderes que foram anteriormente estabelecida por Locke. O pensador Montesquieu acreditava também que, para afastar governos absolutistas e evitar a produção de normas tirânicas, seria fundamental estabelecer a autonomia e os limites de cada poder. Desta forma então, foi criado um sistema de freios e contrapesos, o qual consiste na contenção do poder pelo poder, ou seja, cada poder deve ser autônomo e exercer determinada função, porém o exercício desta função deve ser controlado pelos outros poderes. Assim, pode-se dizer que os poderes são independentes, porém harmônicos entre si. Podemos neste momento, mencionar que esta divisão clássica está consolidada atualmente pelo artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e é prevista no artigo 2º na nossa Constituição Federal.

ABSTRACT : First we point out that The Theory of the Three Powers was consecrated by the French thinker Montesquieu. Relying on policy work, the philosopher Aristotle, and work Second Treatise of Civil Government, published by John Locke, Montesquieu wrote the book The Spirit of Laws, tracing key parameters about the liberal political organization. The Enlightenment philosopher was responsible for explain, systematize and expand the division of the three powers that were previously established by Locke. The thinker Montesquieu also believed to ward off absolutist governments and prevent the production of tyrannical rules, would be essential to establish the autonomy and the limits of each power. Thus then, a system of checks and balances, which is the containment of raw power was created, ie each power must be independent and perform a certain job, but the exercise of this function must be controlled by other powers. Thus, it can be said that the powers are independent, but each other harmonics. We can at this point, mention that this classical division is currently consolidated by Article 16 of the French Declaration of the Rights of Man and Citizen (1789) and is provided for in Article 2 in our Federal Constitution.

INTRODUÇÃO

Historicamente falando, a ideia a respeito da separação dos poderes, ligada a separação dos poderes políticos de acordo com as concepções modernas, está ligada ao Iluminismo, movimento intelectual e político surgido na Europa, durante o século XVII e XVIII que reuniu intelectuais e estudiosos como, Locke, Voltaire e Montesquieu que defendiam um pensamento de grandiosas modificações políticas para o continente, ao mesmo tempo que, fundamentavam profundas críticas aos Estados absolutistas alicerçados pela teoria do Direito Divino.

Montesquieu, ao escrever sua obra, conhecida como O Espírito das Leis, também trabalha durante o decorrer do seu discurso sobre diferentes formas de governos, a tese da repartição do poder político em três esferas: a Legislativa, a Executiva e Judiciária.

Nesta obra em questão, Montesquieu diz:

> Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou mesmo o Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares." (MONTESQUIEU p.75).

Em oportuno, cabe ressaltar e deixar claro neste momento, que s princípios teóricos da repartição dos poderes políticos não foram criações modernas, uma vez que, tal ideia, já se vinculava historicamente, as formas de governabilidade criada pelos gregos e romanos. Aristóteles já se referia a essa separação no livro Política, ao trabalhar a ideia de uma constituição mista, onde todas as classes participassem do exercício do poder, em detrimento a centralização política em uma só mão.

Segundo as concepções de Montesquieu, "só o poder freia o poder", e a partir desta afirmação, que nos deparamos como uma das análises mais relevantes para se obter um maior entendimento sobre a teoria dos poderes, uma vez que, nessa forma de organização política, e de singular importância conceber a autonomia de

cada uma dessas esferas para que a co-relação entre as mesmas sejam harmoniosas e racionais.

A ideia central da separação dos poderes é fazer com que um poder administre e interceda pelo outro, ou seja, mesmo com suas funções explícitas, o poderes políticos ao cometer algum excesso, poderá ser controlada por outro, mesmo não sendo essa a sua função típica, desta forma, nenhum poder em questão, terá uma liberdade absoluta.

Atualmente os três poderes estão previstos no art. 2 da Constituição Federal que diz:

> Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.
>
> **Organização do Estado**
>
> O Estado brasileiro é organizado de acordo com a teoria da tripartição do Poder do Estado, como está disposto no artigo 2º da Constituição Federal:
>
> "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

Em complemento A Constituição da República de 1988, corolário da Declaração Francesa, traz em seu texto a tripartição de poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário). Além disso, protege essa tripartição em nível de cláusula pétrea fundamental (art. 60, § 4º, III).

> A Constituição é o texto em que se asseguram ou garantem certos direitos (liberdade, igualdade) e se diz como se forma a ordem estatal e se separam os podêres .
>
> Os três poderes são autônomos e independentes entre si. No entanto, um poder complementa o outro, sendo o Legislativo o mais importante de todos eles.
>
> O princípio da separação ou divisão dos Poderes foi sempre um princípio fundamental do ordenamento constitucional brasileiro" . Na Carta Política de 1988 o princípio fundamental da separação dos poderes está descrito expressamente no artigo 60, § 4º, III:
>
> Art. 60, § 4º.Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
>
> (...) III- a separação dos Poderes

MATERIAIS E MÉTODOS

Para estruturar a fundamentação teórica deste artigo em questão foram pesquisados vários livros e sites direcionados a este tipo de assunto. Como critério de inclusão foi pesquisada a literatura que tivesse, no máximo, dez anos de publicação e descritor e específicos. Foram utilizados como descritores os termos três poderes, separação dos poderes, últimos julgados a respeito do assunto e doutrinas atuais. Alguns referenciais que apresentam um período de publicação maior que dez anos foram mantidos neste ensaio teórico em razão de sua importância para a mensuração deste artigo, como por exemplo, obras de grandes pensadores como Montesquieu.

Cabe salientar, que como suporte para embasamento do referido artigo, foi usada e analisado ADI- 4048 e o Mandado de Segurança de número 27.931.

DISCUSSÃO A RESPEITO

Sucintamente falando, a discussão a respeito da separação dos três poderes, propõe uma divisão funcional em que haja limites para cada esfera, proporcionando desta forma uma harmonia entre os três poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário. Seria assim, a distinção entre três funções estatais – administração, legislação e jurisdição – e a atribuição destas a três grupos de órgãos reciprocamente autônomos, de tal modo que nenhum órgão isoladamente possa agir sem ser freado pelos demais (sistema de freios e contrapesos), conforme já citado visa frear que qualquer partido tenha uma liberdade absoluta para agir.

Importante mencionar que, concordando com a proposta de que a separação se dê em nome da democracia, da eficiência de cada poder, com suas características (seja em independência, seja em efetividade) e da proteção de direitos fundamentais, é muito raso atribuir a cada poder uma determinada função, sem que, vez ou outra, um acabe por exercer a 'prerrogativa' que marcadamente seria de outro, mas que, uma vez realizada de maneira diferente, atende melhor àqueles pressupostos (ACKERMAN, 2000, p.2)

O Professor José Afonso da Silva, sobre o assunto, leciona:

> o “Legislativo cabe a edição de normas gerais e impessoais, estabelece-se um processo para sua formação em que o Executivo tem participação importante, quer pela iniciativa das leis, quer pela sanção e pelo veto. Mas a iniciativa legislativa do Executivo é contrabalançada pela possibilidade que o Congresso tem de modificar lhe o projeto por via de emendas e até rejeitá-lo. Por outro lado, o Presidente da República tem o poder de veto, que pode exercer em relação a projetos de iniciativa dos congressistas como em relação às emendas aprovadas a projetos de sua iniciativa. Em compensação, o Congresso, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, poderá rejeitar o veto e, pelo Presidente do Senado, promulgar a lei, se o Presidente da República não o fizer no prazo previsto (art. 66).

Exemplo a respeito:

O Presidente da República não interfere na função jurisdicional, em compensação os ministros dos tribunais superiores são por ele nomeados, sob controle do Senado Federal, a que cabe aprovar o nome escolhido (art. 52, III, a).

Cabe ressaltar neste momento, a ADI 4048, que diz respeito Créditos Extraordinários: Urgência e Riscos Previsíveis.

Diante de uma votação bem apertada (6 X 5), o STF deferiu a liminar na ADI 4048. Segundo o site do STF, “A declaração foi dada no julgamento, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), de medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4048. Por 6 votos a 5, a Corte deferiu medida liminar solicitada pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), para suspender a eficácia da Medida Provisória (MP) 405/07, convertida na Lei 11.658/08, pela qual o presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, abriu crédito extraordinário no valor de R$ 5,4 bilhões para a Justiça Eleitoral e diversos órgãos do Poder Executivo.

Gostaria de ressaltar neste momento a posição adotada o voto do Min. Gilmar Mendes. Segundo o voto dele, o risco foi apontado como elemento justificador da abertura dos créditos extraordinários em diversas partes da exposição de motivos da MP. Todavia, segundo Gilmar Mendes, somente os riscos imprevisíveis justificariam a adoção da medida:

> Assim, por exemplo, se, por um lado, não se pode negar a relevância da abertura de créditos para a prevenção contra a denominada gripe aviária, por outro lado pode-se constatar que, nessa hipótese, os recursos são destinados à prevenção de uma possível calamidade pública ainda não ocorrida. Não há calamidade pública configurada e oficialmente decretada, **mas apenas uma situação de risco previamente conhecida**.(grifo meu).

> Também as áreas de segurança, agricultura e aviação civil apresentam problemas que indubitavelmente carecem do aporte de recurso financeiros com certa urgência, mas todos são decorrentes de fatos plenamente previsíveis.
>
> Nenhuma das hipóteses previstas pela medida provisória configuram situações de crise imprevisíveis e urgentes, suficientes para a abertura de créditos extraordinários.

CONCLUSÃO

Primeiramente podemos concluir que um poder político exercido por uma pluralidade de órgãos em questão, deve necessariamente, pautar-se por normas de lealdade constitucional de forma que seus titulares, em regime de cooperação, realizem os objetivos que estejam previsto na Constituição Federal.

Devemos destaca que, a necessidade grandiosa de termos um Judiciário atuante e muito bem fortalecido; e submeter-se aos bons ou maus humores do Executivo e Legislativo. O poder judiciário, não pode jamais, ser refém dos bons ou maus humores do Executivo e Legislativo.

Por fim gostaria de citar, os ensinamentos de José Antônio Pimenta Bueno, que diz a respeito:

> a independência da autoridade judiciária do magistrado consiste na faculdade que ele tem, e que necessariamente deve Ter de administrar a justiça, de aplicar a lei como êle exata e conscienciosamente entende, sem outras vistas que não sejam a própria e imparcial justiça, a inspiração do seu dever sagrado. Sem o desejo de agradar ou desagradar, sem esperanças, sem temor algum... A independência do magistrado deve ser uma verdade, não só de direito como de fato; é a mais firme garantia dos direitos e liberdades, tanto civis como políticas do cidadão; é o princípio tutelar que estabelece e anima a confiança dos povos na reta administração da justiça; é preciso que o povo veja e creia que ela realmente existe. Tirai a independência ao Poder Judiciário, e vós lhe tirareis a sua grandeza, sua força moral, sua dignidade, não tereis mais magistrados, sim comissários, instrumentos ou escravos de outro Poder.

REFERENCIAS

(ADI) 4048

BOBBIO, Norberto *et alii*. Dicionário de Política. Brasília: UNB, s/d.

BRASIL. Constituição Federal, art. 103, § 2º. Brasília: Senado Federal, 1988.

COUTO E SILVA, Golbery do. Conjuntura Política Nacional, o Poder Executivo. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1981.

FIGUEIREDO, Argelina Cheirub, *et al.* Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional. Rio de Janeiro: FGV, 1999.

LOPES JR., Eduardo Monteiro. A judicialização da Política no Brasil e o TCU. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

Mandado de Segurança de número 27.931

MENEZES, Anderson de. Teoria Geral do Estado. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MONTESQUIEU, Barão de. Do Espírito das Leis. São Paulo: Martin Claret, 2007.

PINHO, Rodrigo César Rebello. Da organização do Estado, dos poderes e histórico das constituições. São Paulo: Saraiva, 2006. p.52.

SARTORI, Giovanni. Pensamento Político. Brasília: UNB, s/d.

TORRONTEGUY, Marco Aurélio Antas. Separação dos poderes e democracia no Mercosul: constitucionalismo comparado, histórico e atualidades. Revista de Integração Latino Americana. Santa Maria: UFSM, 2005.

VIANNA, Luiz Werneck(org.). A democracia e os Três Poderes no Brasil. Belo Horizonte: UFMG, 2003.

VIOLAÇÃO DO PRINCIPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES POR PARTE DO PODER JUDICIÁRIO NAS DELIBERAÇÕES DO PODER LEGISLATIVO.

Gustavo Henrique Dutra Dantas

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal preceitua no artigo 2º a independência e a harmonia entre os três Poderes que formam o Estado brasileiro, ou seja, o Legislativo, Judiciário e Executivo. Tal artigo consagra o princípio da Separação de Poderes sem, porém, especificar ao certo o que se pode conceber por essa independência e harmonia.

É necessário retomar seu contexto histórico para compreender seu significado, bem como sua importância para o Estado contemporâneo. Sua matriz moderna pode ser destacada em dois diferentes contextos, que ao final remontam significado político-jurídico semelhantes, tanto na Europa como nos Estado Unidos da América.

Na Europa o ponto inicial se deu em 1689 na Inglaterra com a limitação dos poderes do monarca pela Revolução Gloriosa, que derivou a adoção do *Bill of Rights*. Reafirma-se a titularidade do rei no Executivo, mas a Carta restringe os poderes reais, na medida em que recusa ao monarca legislar autonomamente e lhe recusa o poder de impor tributos ou convocar e manter o exército sem autorização parlamentar.[26]

O descrito é tratado como uma forma de governo moderado, onde encontra em Locke, no cenário inglês, seu principal observador. Aquele teoriza o perigo da assimilação pela assembleia legislativa dos poderes executivos, bem como

[26] MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P.46.

contra os riscos da incorporação dos poderes de legislar pelo Executivo e por tal razão se opõe a monarquia absoluta.[27]

Na concepção de Locke sobre a divisão de poderes do Estado não existe separação entre Poder Judiciário, Legislativo e Executivo, mas entre o Poder Executivo, Legislativo e Federativo. A separação funcional ocorre no plano da titularidade do exercício dos Poderes Legislativo e Executivo, primando pelo Legislativo.[28]

Outro pensador que merece destaque no cenário europeu é Montesquieu, cuja predileção por um regime moderado também é notado. A definição de tal regime para aquele pensador pode ser conceituada como aquele cuja Constituição é capaz de manter poderes diferenciados e, ao mesmo tempo, equilibrados, sendo que apenas dessa maneira poderia atingir a liberdade[29].[30]

Essa liberdade precisa ser assegurada por uma Constituição que previna o abuso de poder. O meio apto para a sociedade se precatar contra o desmando seria a correta disposição das coisas, propícia a que o poder freie o poder, logo a necessidade da separação dos poderes para que um contenha o outro.

Não é concebida nos pensamentos acima destacados qualquer importância ao Poder Judiciário, sendo tal formulação totalmente repensada após o período da Segunda Guerra Mundial, onde a Constituição passou a ter prerrogativa normativa e

---

[27] "A verdadeira importância de Locke está em ter sido ele o pioneiro em formular, de modo claro e firme, no âmbito da constituição dos modernos, a fundamental distinção entre poder absoluto e poder moderado. O primeiro é aquele em que um único sujeito, seja o rei, seja a assembleia, tem os poderes legislativo e executivo; já no segundo, os dois poderes são distintos e pertencem a dois sujeitos distintos.". Cf BRANCO apud FIORAVANTI, Maurizio. Constitución: da La antiguedad a nuestro dias. Madrid: Trotta. 2001. P. 73 e s.

[28] LOCKE, John. Segundo Tratado de Direito Civil. Brasil: Clube do Livro Liberal, s/d. P.75.

[29] Montesquieu o conceitua liberdade como " o direito de fazer tudo o que as leis permitem", demonstrando em primeiro lugar a supremacia do parlamento sobre qualquer outro fator político-jurídico e em um segundo ponto demonstra que não existe o conceito de uma constituição com hegemonia sobre a própria atuação do legislador. Cf. MONTESQUIEU. O Espírito das Leis. 1º Volume. São Paulo: Difusão Europeia do livro, 1962. P. 179 (Cap. III).

[30]MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P.48.

prevalência sobre todos os códigos infraconstitucionais, bem como passou ser parâmetro para ação de qualquer dos poderes, que agora possuem a mesma importância sem uma distinção hierárquica. A jurisdição constitucional passara então a ser também um elemento chave para conter os abusos dos demais poderes.

Nos Estados Unidos da América o debate não era centrado no temor dos avanços do Poder Executivo que lastreava a Europa em relação às monarquias. Desde a promulgação da Constituição americana, o presidente já era eleito pelo voto popular, porém o perigo que assustava era o possível poder desmesurado do Poder Legislativo.[31]

Existia então a necessidade de se constituir um governo limitado para a manutenção de uma sociedade livre[32]. O modelo construído para tanto fora o do Constitucionalismo, adotado vários séculos depois pela Europa, onde o texto constitucional prevalecia sobre todas as demais normas, bem como a necessária observância da norma constitucional como guia institucional de todos os Poderes constituídos do Estado.[33]

O modelo americano também foi crucial para formulação do *judicial review*, outro mecanismo de contenção de um poder sobre o outro onde os juízes poderiam declarar a inconstitucionalidade de leis existindo assim um controle da ação legiferante a fim de evitar abusos.

---

[31] MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P.54

[32]No germe do pensamento constitucionalista norte-americano, o conceito de liberdade está intimamente vinculado com a possibilidade de o poder ser contido e, para tal, a divisão de atribuições de cada Poder do Estado, conforme narra Alexander Hamilton ou James Madison: " A fim de criar os devidos fundamentos para a atuação separada e distinta dos diferentes poderes do governo – o que, em certo grau, é admitido por todos como essencial à preservação da liberdade, é evidente que cada um deles deve ter uma personalidade própria e, consequentemente, ser de tal maneiro constituído que os membros de um tenham a menor ingerência possível na escolha dos membros dos outros". Cf. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. O Federalista. Trad. Ricardo Rodrigues Gama.3ª.ed. Campinas: Russel, 2010. P.229.

[33] O movimento constitucionalista dos americanos do norte também observou que além da divisão clara dos poderes a proteção das minorias é um fato de grande importância para a preservação da liberdade contra possíveis abusos democráticos. Cf. BRANCO apud VALDÉS, Roberto Blanco. ÉL valor de lá Constitucion. Madrid, 1998. P. 108.

Todos os fatos históricos que desencadearam para uma formulação necessária da separação dos poderes demonstram que a preocupação da atuação independente é fundamental para a própria fruição da liberdade do cidadão contra possíveis abusos.

Assim, o poder do Estado, para que não se torne abusivo tem de ser dividido e distribuído de tal sorte que a independência recíproca e especialização numa das funções básicas dos que contam com frações da soberania, impeça que qualquer um possa oprimir a quem quer que seja. O poder, portanto, se divide em poderes que são, em última análise, órgãos independentes e relativamente especializados do Estado.[34]

Concomitante a valorização do texto constitucional tanto na Europa como nos Estados Unidos da América, ideal que se espalhou para todo o ocidente, a jurisdição constitucional também eclodiu como forma de garantir a normatividade do texto e, com isso, o respeito do mesmo.

Ocorre que atualmente tal avanço daquela jurisdição com interpretação do texto de maneira isolada, sem levar em conta a integralidade do texto, traz consigo alguns abusos criando interferências diretamente na independência dos demais poderes e nos seus papeis precípuos no seio do Estado.

No cenário brasileiro tais ingerências do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo, especificamente, faz com que certos abusos sejam cometidos no âmbito do processo legislativo das Emendas Constitucionais, onde a mera deliberação já é encarada como suficiente para declaração de inconstitucionalidade do ato em si e não do seu produto, que é a norma passível de controle de fato.

A ingerência no seio do processo legislativo precisa de analise a fim de evitar que o principio da separação dos poderes se torne raso e fazendo assim que o próprio texto constitucional se torne mera norma retórica a serviço de interpretações desconexas com a integralidade da Constituição.

Será importante, então, uma breve analise das etapas do processo legislativo referente às Emendas Constitucionais, com o objetivo de demonstrar o que

---

[34] FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Do processo Legislativo.7ª.ed. São Paulo:São Paulo, 2012. P.131.

o constituinte originário de fato saldou ao afirmar que não poderá ser objeto de deliberação alguns objetos específicos, relacionando em seguida com o principio da separação dos poderes e a jurisdição constitucional.

BREVE ANALISE DO PROCESSO LEGISLATIVO DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS

O processo legislativo pode ser conceituado como o conjunto de atos que uma proposição normativa deve cumprir para se tornar uma norma de direito, onde para cada norma há uma distinção de atos a serem cumpridos por ordenamento próprio da Constituição.[35]

Dentre esses atos próprios que consubstanciam o processo legislativo é possível destacar os que originam uma Emenda Constitucional. Cada ato pode ser destacado de forma isolada para uma analise do seu papel num momento posterior que, em conjunto com os demais atos, eclodirá a norma jurídica em si.

O primeiro ato que compõe o processo legislativo de Emenda Constitucional é a iniciativa[36]. Esse é o ponto de partida sendo realizado quando alguém ou algum ente toma a iniciativa de apresentar uma proposta de criação.[37]

O passo seguinte é a deliberação do projeto em si, esta que pode ser divida entre a discussão e a votação[38]. A primeira pode ser caracterizada como o debate nas

---

[35]MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P.934.

[36] A Constituição Federal destaca no seu Artigo 60, incisos I a III, os que possuem capacidade de iniciativa para propor projeto de Emenda Constitucional, quais sejam: um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; o Presidente da República e mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

[37] MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P.934

[38] A Constituição Federal, no seu artigo 60, §2º, determina que os debates devem necessariamente percorrer as duas Casas Legislativas em dois turnos de votação

comissões e nos plenários das Casas Legislativas e o segundo que é a aprovação ou não do projeto que no caso de Emenda Constitucional.

Superada a fase de deliberação, a Emenda Constitucional, caso aprovada pelo quorum especial[39] exigido, será promulgada pelas mesas da Câmara dos Deputados e do Senado passando a integrar o texto constitucional, destacando que apenas nesse momento a nova norma constitucional existirá de fato sendo então passível de qualquer controle de constitucionalidade.

A analise da fase deliberativa é de suma importância, pois é a principal de todo o processo legislativo e envolve a própria essência do Poder Legislativo.

O papel deliberativo do Congresso Nacional traz consigo sua função política primordial, onde há o consenso da maioria representativa do povo sobre determinada matéria de relevo social, tornando a decisão majoritária democraticamente legitima.[40]

Frustrar a deliberação política dos representantes do povo é impedir que o Poder Legislativo desenvolva sua função precípua e essencial, como também tornar empecilho para o próprio amadurecimento da Democracia que exige debates no âmbito da representação legislativa sobre temas fundamentais para a sociedade.

Conforme comentando em outro momento, uma Constituição que contempla a separação de poderes como norma deve levar em conta pelo interprete que cada poder é livre para assumir sua função primaria não podendo existir qualquer tipo entrave a sua ação principal.

Importante destacar que não se estar a afirmar que o Congresso Nacional não encontra restrições, porém dizer que o Legislador não é ilimitado é consentir que o produto da sua deliberação, a inovação jurídica, que deve ser passível de repreensão pelo Poder Judiciário.

---

[39] O mesmo artigo 60,§2º, determina o quórum de três quintos dos Congressista em cada Casa para aprovação das Emendas Constitucionais.

[40] VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira.Diálogo Institucional, Democracia e Estado de Direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre interpretação da Constituição.2013.Tese(Doutorado em Direito do Estado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013. P.140.

Ademais, qualquer restrição à competência dos Poderes do Estado deve vir expressamente pelo texto constitucional, não cabendo qualquer tipo de interpretação extensiva do texto nesse sentido.

As restrições acima destacadas podem assumir o caráter temporal, material ou formal[41], de acordo com a Constituição Federal.

Ocorre que, além dessas limitações, o Supremo Tribunal Federal, interpretando o artigo 60, §4º, da Constituição Federal, considera que a mera deliberação sobre proposta a Emenda Constitucional é passível de controle de constitucionalidade, sendo inconstitucional qualquer proposta que possivelmente tende a ferir cláusulas pétreas[42], consubstanciando uma verdadeira ingerência do Poder Judiciário sobre o Legislativo.

VIOLAÇÃO DO PRINCIPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES: DELIBERAÇÕES LEGISLATIVAS

O controle de constitucionalidade no sistema jurídico brasileiro foi homenageado tanto na sua forma abstrata como na difusa, sendo o Supremo Tribunal Federal órgão incumbido guarda da norma constitucional, podendo ser realizado inclusive em favor de Emendas Constitucionais[43].

No controle de constitucionalidade abstrato é levado em consideração a Emenda Constitucional de forma estática comparada as conformidades do texto constitucional, ou seja, a norma necessita está vigente, mas não há a incidência da mesma a um caso concreto em específico. A incumbência de tal controle é de exclusividade do Supremo Tribunal Federa[44].

O controle difuso de constitucionalidade das Emendas Constitucionais pode ser realizado por todas as instâncias do Poder Judiciário fazendo o cotejo da

---

[41] Todas as restrições a possibilidade de Emenda Constitucional vem destacadas no artigo 60, §1º,2º e 4º, incisos I, II, III e IV, sendo elas, respectivamente.

[42] As cláusulas pétreas estão postas no artigo 60, §4º, incisos I a IV da Constituição Federal.

[43]ADI 1.946-MC, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 29-4-1999, Plenário, *DJ*de 14-9-2001

[44] Artigo 102, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal.

Emenda questionada com o restante do texto constitucional, porém considerando o caso concreto de incidência.

O parâmetro de constitucionalidade, importante ressaltar, é o texto constitucional com a Emenda vigente, devidamente promulgada[45]. Apenas a partir de tal momento é possível a analise de qualquer vício formal, material ou temporal da norma.

No *leading case* MS 20.257[46] o Supremo Tribunal Federal, ante a interposição de um Mandando de Segurança por parte de Congressista Federal, considerou viável a possibilidade da Corte interferir nas deliberações sobre projetos de Emendas Constitucionais tendentes a abolir clausulas pétreas, sob o seguinte argumento:

> Diversa, porém, são as hipóteses como a presente, em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando a sua apresentação (como é o caso previsto no parágrafo único do artigo 57) ou a sua deliberação (como na espécie). Aqui, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer – em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas- que a sequer se chegue à deliberação, proibindo-a, taxativamente. A inconstitucionalidade, nesse caso, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformarem em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição.[47]

---

[45] “O controle abstrato de normas pressupõe , também na ordem jurídica brasileira, a existência formal da lei ou do ato normativo, após a conclusão definitiva do processo legislativo”. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional.6ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P.235. Diferente também não é no controle difuso, onde a norma deve estar posta para sofrer o controle.

[46] MS 20.257/DF, Relator Ministro Moreira Alves, Impetrantes: Itamar Augusto Cautiero e Antonio Mendes Canale, Autoridade Coatora: Mesa do Congresso Nacional, Brasília-DF, 1980, Informativo/STF nº 30, de 1996. Precedentes MS 20.452/DF, Ministro Aldir Passarinho (RTJ 116/47); MS 21.642/DF, Ministro Celso de Mello (RDA 191/200); MS 24.645/DF, Ministro Celso de Mello," D.J. "de 15.9.2003; MS 24.593/DF, Ministro Maurício Corrêa," D.J. "de 08.8.2003; MS24.576/DF, Ministra Ellen Gracie," D.J. "de 12.9.2003; MS 24.356/DF, Ministro Carlos Velloso," D.J. " de 12.9.2003.

[47] MS 20.257/DF, Relator Ministro Moreira Alves, Impetrantes: Itamar Augusto Cautiero e Antonio Mendes Canale, Autoridade Coatora: Mesa do Congresso Nacional, Brasília-DF, 1980, Informativo/STF nº 30, de 1996.

Acontece que ao mesmo tempo em que o Supremo Tribunal Federal pronuncia a inconstitucionalidade do processamento da Emenda, não explica como chegou a tal sem antes fazer uma própria analise do mérito do projeto da norma e confrontá-lo com o texto constitucional.

No mesmo *writ*, a Corte igualmente fala ser inadmissível mandando de segurança para impedir a tramitação de projeto de lei ou proposta de emenda constitucional com base na alegação de que seu conteúdo entra em choque com algum principio constitucional, pois a violação só ocorrerá após o projeto ser aprovado.[48]

Ora, as duas afirmações expostas mostram desconexão no seu sentido, pois é inevitável afirmar que determinada deliberação de projeto de Emenda Constitucional gerará norma inconstitucional sem antes analisar o teor desta com a Constituição Federal. Dessa maneira haverá verdadeiro controle abstrato de um projeto que nem sequer é norma e por uma via que ainda é impróprio para tal que é o mandando de segurança. Conforme visto em linhas anteriores, o controle abstrato só é possível com lei ou emenda promulgada e por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Fica exposto então que qualquer analise anterior a promulgação é ingerência do Judiciário nas atribuições do Legislativo. Tal violação as deliberações do Congresso Nacional não fere apenas a separação dos poderes, mas no próprio processo democrático de amadurecimento dos debates sociais sobre seus próprios anseios, conforme alhures mostrado.

O Congresso Nacional, quando debate sobre Emendas Constitucionais, também faz o controle constitucional e político da eminente norma, sendo que qualquer matéria que acarreta inconstitucionalidade deverá votada contrária a sua promulgação, podendo o Poder Judiciário atuar apenas a partir desse momento.

De fato, ao analisar as diferentes formas que a Constituição impôs para o tramite do processo legislativo é possível constatar que o constituinte originário também contemplou a ausência de forma que deve ser observada nas deliberações legislativas no tocante as cláusulas pétreas.

---

[48] Idem.

A preocupação do constituinte originário em preservar vetores básicos do Estado impôs ao poder de reforma que se abstenha de qualquer forma possível de alteração do texto constitucional sobre tais cláusulas já citadas e, por tal motivo, retirou qualquer forma deliberativa para tal. Ocorre que tal análise só pode ser feita a posteriori, como em qualquer vício constitucional de formalidade relativo ao processo legislativo[49].

A interpretação do juiz constitucional sobre a ausência de forma do processo legislativo é de suma importância, pois acarretará uma leitura integrada da constituição, onde o principio da separação poderes também será contemplado não interferindo em uma etapa do processo legislativo que é de inteira importância democrática[50].

Conforme anteriormente destacado, o único objeto de analise para parâmetro de constitucionalidade é norma vigente que só se torna após a devida promulgação, não sendo o texto do artigo 60, parágrafo 4º, verdadeira "carta branca" ao Judiciário intervir de forma indevida no processo legislativo, logo qualquer interferência nesse processo pelo Poder Judiciário é inconstitucional em si mesma por ferir a separação dos poderes.

CONCLUSÃO

A importância do Legislativo no Estado é própria da preservação da Democracia. Suas deliberações podem resultar não apenas normas, mas também o amadurecimento de assuntos que proclamam por resposta por parte da sociedade.

---

[49] Apesar de a Emenda Constitucional possuir condicionantes próprias para sua existência, esta consta no rol taxativo do artigo 59 do processo legislativo, logo seu controle de constitucionalidade deve ser observado como qualquer outra norma deste processo - sendo necessário a promulgação do ato para seu controle- , não existindo qualquer distinção de analise quantos aos seus vícios seja no controle abstrato ou difuso.

[50] "The political value most naturally associated with the modern legislature and with the authority of its product – legislation as positive Law- is democratic legitimacy" VICTOR, apud WALDRON, Jeremy. Law and Disagreement. Oxford: Oxford University Press, 2004. P. 53-54.

O respeito da ação precípua daquele Poder é necessário e seus debates possuem proteção constitucional quando o Texto Magno contempla a separação dos poderes.

Conforme demonstrado, o controle de constitucionalidade possui objeto o cotejo da norma vigente com o texto constitucional, sendo que a Emenda Constitucional só é posta após sua promulgação.

Qualquer interpretação que coloque o Poder Legislativo aos aviltes do Judiciário é inaceitável, pois deve ser considerado verdadeiro abuso.

Abuso, pois violará não apenas a separação dos poderes, que possuem condão normativo, mas também o próprio processo democrático de debates sobre temas de interesse público.

No tocante a emancipação democrática e política do cidadão brasileiro é muito importante que o Judiciário se abstenha de interpelações abruptas, pois retira daquele seu dever cívico de fiscalização da atuação legislativa.

Dado todo o exposto é perceptível que a interferência do Judiciário no tocante a deliberação de projetos de Emendas Constitucionais carece em si de constitucionalidade, pois não só viola a norma constitucional que homenageia a separação dos poderes, como fere o próprio principio democrático do Estado de Direito.

Numa última analise, a atuação invasiva do Juiz Constitucional sobre a ação do Congressista poderá levar a diminuição dos indivíduos como atores políticos e morais responsáveis por resguardarem seus próprios direitos, por meio daquele que é o direito dos direitos: a participação democrática.[51]

---

[51]Sérgio Antônio Ferreira.Diálogo Institucional, Democracia e Estado de Direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre interpretação daConstituição.2013.Tese(Doutorado em Direito do Estado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013. P.142.

REFERENCIAS:

Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.946-MC, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 29-4-1999, Plenário, *DJ*de 14-9-2001

Brasil. Supremo Tribunal Federal, MS 20.257/DF, Relator Ministro Moreira Alves, Impetrantes: Itamar Augusto Cautiero e Antonio Mendes Canale, Autoridade Coatora: Mesa do Congresso Nacional, Brasília-DF, 1980, Informativo/STF nº 30, de 1996.

Constituição da República Federativa do Brasil: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/92 a 53/2006 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94, Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2014.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Do processo Legislativo.7ª.ed. São Paulo:São Paulo, 2012. P.131.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. O Federalista. Trad. Ricardo Rodrigues Gama.3ª.ed. Campinas: Russel, 2010

LOCKE, John. Segundo Tratado de Direito Civil. Brasil: Clube do Livro Liberal, s/d.

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional.6ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2014

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTESQUIEU. O Espírito das Leis. 1º Volume. São Paulo: Difusão Europeia do livro, 1962.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira.Diálogo Institucional, Democracia e Estado de Direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre interpretação da Constituição.2013.Tese(Doutorado em Direito do Estado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

A TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES DE MONTESQUIEU E AS EXPERIÊNCIAS CONSTITUCIONAIS DOS EUA E DO BRASIL

João Guilherme Sampaio dos Anjos[52]

RESUMO:Montesquieu desenvolveu a teoria clássica da separação de poderes, segundo a qual é necessário limitar o poder e isso se faz separando-o, havendo, portanto, os poderes executivo, legislativo e judiciário. Tanto nos Estados Unidos da América quanto no Brasil, a teoria de Montesquieu exerceu forte influência no arranjo institucional, porém, os processos constitucionais dos dois países são bastante diferentes, o que produz diferenças também em termos institucionais. Ainda assim, em ambos os Estados é possível identificar o sistema de limitação do poder. A partir da experiência dos Estados Unidos, é possível construir uma análise da experiência brasileira, possibilitando o aprimoramento do arranjo institucional brasileiro, de modo a garantir a efetiva limitação de poder proposta por Montesquieu.

PALAVRAS-CHAVE: MONTESQUIEU – SEPARAÇÃO DE PODERES – ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA – BRASIL – EXPERIÊNCIA CONSTITUCIONAL

INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende analisar o impacto do pensamento de Montesquieu nas formações institucionais do Brasil e dos Estados Unidos da América (EUA), sob o aspecto do processo histórico constitucional.

Quanto aos EUA, convém destacar o processo de independência e seus ensejos motivadores, bem como a interferência desse processo na formação da constituição americana, datada de 1787. No que se refere ao Brasil, a reflexão se prende à do império sobre as instituições da república, mormente o papel do poder executivo no processo legislativo.

Por fim, pretende compreender em que medida a teoria de separação dos poderes de Montesquieu pode contribuir para o aperfeiçoamento das relações

---

[52] Advogado. Pós-graduando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público.

institucionais brasileiras elencadas na constituição, tendo como lição a experiência dos EUA.

A TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES DE MONTESQUIEU

De acordo com Montesquieu (2004), todo homem que tem poder é sempre tentado a abusar dele, e é necessário que se imponha limites ao poder, para que ele não siga perpetuando abusos. Partindo dessa constatação acertada e preenchida de evidência histórica, ele passa a discorrer sobre a forma de se limitar o poder. Suas considerações partem da observação do que acontecia na Inglaterra, enquanto ele vivia na França governada pelo tirano Luís XV.

Ora, identificada a necessidade de limitar o poder, Montesquieu propõe sua divisão, de modo que a limitação se daria pelo próprio poder, pois um poder só pode ser limitado por outro. Assim, tendo a Inglaterra como referência, ele descreve a separação de poderes da seguinte forma:

> O poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. Pelo primeiro poder, o príncipe ou magistrado cria as leis para um tempo determinado ou para sempre, e corrige ou ab-roga aquelas que já estão feitas. Pelo segundo, determina a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as questões dos indivíduos. (MONTESQUIEU, 2004, p. 165).

Pois bem. Essa divisão pode ser facilmente identificada ao que hoje é definido como poderes legislativo, executivo e judiciário. No que se refere ao poder legislativo, Montesquieu (2004, p. 169) ainda prediz a necessidade de que seja bicameral, pois "dessa forma, o poder legislativo será confiado tanto ao corpo dos nobres quanto ao corpo que for escolhido para representar o povo, cada qual com as suas assembleias e deliberações à parte, e objetivos e interesses separados".

Tem-se, assim, a divisão bicameral do parlamento, na qual existe a representação dos nobres e do povo comum, fazendo-se isso necessário porque "sempre há, em um Estado, indivíduos que se distinguem pelo nascimento, pelas riquezas, ou pelas honras".[53] Enquanto isso, o poder executivo deve ser exercido por

---

[53] Ibidem, p. 169.

um monarca, pois essa parte do governo é melhor administrada por um só do que por vários, pois "quase sempre tem necessidade de uma ação instantânea".[54]

Curiosamente, referindo-se ao poder judiciário, Montesquieu foi enfático ao dizer que ele é nulo, não cabendo aos juízes da nação "mais que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que desta lei não podem moderar nem a força e nem o rigor".[55]

Cabe enfatizar que o autor defendeu, ainda, a constância nas reuniões, bem como a alternância de membros no legislativo, pois:

> Se o corpo legislativo ficasse durante um longo tempo sem se reunir, não haveria mais liberdade, pois ocorreria uma de duas coisas: ou não haveria mais resolução legislativa e o Estado cairia na anarquia, ou essas resoluções seriam tomadas pelo poder executivo, e ele tornar-se-ia absoluto. [...] Quando diversos corpos legislativos se sucedem mutuamente, o povo que tiver má opinião do corpo legislativo em exercício, transferirá, e com razão, as suas esperanças para o que virá depois. Entretanto, se permanecesse sempre o mesmo corpo, o povo, vendo-o uma vez corrompido, nada mais esperaria de suas leis; ficaria furioso ou cairia na indolência. (MONTESQUIEU, 2004, p. 170-71).

Em sua obra, escrita há quinhentos anos, Montesquieu já prenota os males que poderiam advir de um legislativo inoperante ou da perpetração de um mesmo grupo no poder, de forma que em suas recomendações estão as respostas a problemas institucionais enfrentados pelo Brasil nos dias atuais, conforme será exposto abaixo.

Para a análise desenvolvida neste trabalho, também é imprescindível destacar que Montesquieu não preconizou a separação de poderes como uma separação pura e simples na qual cada poder seria completamente independente. Muito pelo contrário, ele previu que, justamente por causa da tendência de se abusar do poder, é necessário que os poderes exerçam uma fiscalização mútua, sendo que o executivo poderia interferir no legislativo pelo poder de veto e o legislativo exercer vigilância sobre o executivo na medida em que controlasse as leis votadas por ele, podendo, inclusive, exigir conta da administração (CANOTILHO, 2010, p. 115). Segundo Canotilho:

> Além disso, mais do que separação, do que verdadeiramente se tratava era de combinação de poderes: os juízes eram apenas "a boca que pronuncia as palavras da lei"; o poder executivo e legislativo

---

[54] Ibidem, p. 170.

[55] Ibidem, p. 172.

> distribuíam-se por três potências: o rei, a câmara alta e a câmara baixa, ou seja, a realeza, a nobreza e o povo (burguesia). O verdadeiro problema político era o de combinar estas três potências e desta combinação poderíamos deduzir qual a classe social e política favorecida (Ibidem).

A partir dessa análise, podemos refletir sobre o desenvolvimento histórico do constitucionalismo nos EUA, principalmente em sua gênese, quando os pais fundadores enfrentaram sérios problemas para implementar uma forma de governo que garantisse liberdades e ao mesmo tempo tivesse força suficiente para se impor.

A Experiência Constitucional dos EUA

Os EUA como conhecemos hoje é originário de treze colônias da coroa britânica que gritaram por independência em 1776. Esse grito de independência teve como motivo as ingerências do rei inglês que, agindo de forma despótica, confirmou o que foi dito por Montesquieu, no sentido de que sempre quem tem o poder tende a abusá-lo.

Ora, o resultado da independência das colônias britânicas na américa foi a declaração de independência. Nela, foram enfatizados direitos e liberdades, dizendo expressamente que existem, para o homem:

> Direitos inalienáveis, entre os quais estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade – que para assegurar esses direitos, governos são instituídos entre os homens, sendo seus poderes derivados do consentimento dos governados. Que se qualquer forma de governo se torna destrutiva de tais fins, é direito do povo muda-lo ou aboli-lo, e instituir um novo governo.[56]

O problema com esse documento foi que, na ânsia por se livrar de um governo despótico, eles instituíram um governo extremamente fraco e insipiente que sequer previa um poder executivo. Por isso, representantes das treze colônias se reuniram para alterá-lo, mas o que fizeram efetivamente foi outro documento, que chamaram de Constituição dos Estados Unidos. O Estado que surgia estaria imbuído de poder e de mecanismos para impor suas diretrizes, sem deixar de ter como objetivo a preservação de liberdades, com claros mecanismos de limitação de poder.

---

[56] Todas as referências a textos que são originalmente em inglês são feitas em tradução livre pelo próprio autor, a partir das fontes na língua original em que foram escritos.

Donald Ritchie, ao escrever sobre porque era necessário que os EUA tivessem uma Constituição, começa perguntando o seguinte:

> Você tem direito a ter opiniões divergentes das outras pessoas ao seu redor? Você pode escrever e publicar o que você pensa? Você pode exercer sua fé? Você pode protestar contra o governo caso desaprove suas políticas? O governo pode confiscar sua propriedade? Você pode ser preso e condenado sem um processo? Pode o governo fazer acepção de pessoas? (2014, p. 5).

Logicamente, essas perguntas visam demonstrar liberdades trazidas pela Constituição através também de suas emendas vindas posteriormente e não somente do texto original, mas fica claro que os direitos e garantias não seriam possíveis caso não houvesse uma separação de poderes apta a limitá-los.

Dessa forma, a Constituição dos EUA instituiu os poderes legislativo, executivo e judiciário, descrevendo suas competências e limitações. Muito embora inspirada na teoria de Montesquieu, é uma separação de poderes já com peculiaridades do contexto ao qual foi aplicado. Por exemplo, a casa legislativa bicameral não tem por base a representação da nobreza e do povo, funda-se na necessidade de haver representação destes e dos estados federados, de onde surge o senado, que desenvolve o papel de câmara alta, enquanto a casa dos representantes desenvolve o papel de câmara baixa.

Quanto ao executivo, eles substituem a figura do monarca pelo presidente, que é eleito diretamente pelo povo e é responsável pela administração do que Montesquieu chamou de “coisas momentâneas”.

Ao poder judiciário foram dedicadas pouquíssimas palavras, mantendo a orientação de Montesquieu segundo a qual o judiciário deveria ser “nulo e invisível”. Há de se notar, contudo, que ao longo da história houve uma mudança nesse posicionamento institucional, de forma que a Suprema Corte americana veio a ocupar um papel de extrema relevância, assim como tem acontecido nos outros Estados constitucionais, exercendo o controle constitucional das leis, no que se inclui o poder de extirpar do ordenamento uma lei aprovada por aqueles que foram eleitos pelo povo. Segundo Gilmar Mendes (2014, p. 49), “O reconhecimento de que a Constituição é norma jurídica aplicável à solução de pendências foi decisivo para que se formasse a doutrina do *judicial review*, pela qual o judiciário se habilita a declarar não aplicáveis normas contraditórias com a Constituição”.

Ainda assim, mantém-se a aplicação da teoria de Montesquieu pelo sistema chamado de *check and balance* [freios e contrapesos], no qual cada poder exerce fiscalização e impõe limitações aos outros poderes.

Nesse bojo, está o problema apontado por Canotilho para quem o verdadeiro embate está na combinação dos poderes e não na separação, conforme citado acima. No curso das relações institucionais entre os poderes, adaptações são elaboradas e novos arranjos são construídos, o que pode produzir mudanças significativas, a ponto de deformar a separação dos poderes e por risco à limitação de poder proposta por Montesquieu.

À guisa de exemplo, está demonstrado na obra de Rodrigo Brandão, o crescimento da importância do poder judiciário, gerando conflito com o poder legislativo, a ponto de este elaborar verdadeiros ataques institucionais à Suprema Corte nos EUA. Ele diz:

> São exemplos de ataques institucionais à Suprema Corte a alteração do número dos seus membros, a manipulação de suas competências e o *impeachment* de juízes para fins não disciplinares (sobretudo para o realinhamento da sua jurisprudência às preferências políticas de maiorias ou de elites políticas e econômicas) (BRANDÃO, 2012, p. 228).

Esse comportamento do Congresso dos EUA foi derivado do reconhecimento da supremacia da Constituição, sendo necessário exercer o controle das leis em face do texto constitucional.

Portanto, ainda que um Estado – como os EUA – tenha nascido da sede por liberdade e a implementação da separação de poderes tenha sido fruto de genuíno desejo de limitar o poder, a constatação de Montesquieu continua sendo atual e precisa sempre ser revista para ser também corretamente aplicada e para que o Estado possa sempre desenvolver mecanismos de limitar o poder, evitando, assim, abusos.

A partir dessas lições e da história do constitucionalismo brasileiro, será possível fazer uma análise do desenho institucional brasileiro contemporâneo, apontando direcionamentos para efetivas mudanças e aperfeiçoamentos.

A EXPERIÊNCIA CONSTITUCIONAL INSTITUCIONAL BRASILEIRA

O processo de formação do Brasil é bastante diferente do processo ocorrido nos EUA, a começar pela Constituição, pois a deles data de 1787 e vige até hoje, ao passo que a nossa primeira constituição é de 1824 e não surgiu como resultado de um processo pela luta democrática por liberdade, foi outorgada ainda no período do império. Daquele tempo até hoje, o Brasil passou por diversos momentos importantes e transformadores. Acompanhando as mudanças histórias, seguiram-se as mudanças nas constituições. Após a constituição imperial, foi promulgada a constituição de 1891, que marcou o início da chamada República Velha. Em seguida, vieram as constituições de 1934 1937, na Era Vargas. Marcando o início de novo período republicano, houve a constituição de 1946, que teve vida curta, sendo sucedida pela constituição de 1967, já no período da ditadura militar. Ainda nesse momento histórico, a constituição vigente à época sofreu sensível mudança provocada pela Emenda Constitucional 01, de 1969. Essa Constituição foi seguida pela atual, de 1988.

Esses fatos demonstram que a história do Brasil é marcada por intensas mudanças institucionais que sempre tiveram como consequência mudanças legislativas, notadamente, mudanças na Lei Fundamental[57] (*Grundgesetz*). Em se tratando do tema aqui abordado, a mudança significativa aconteceu quando da promulgação da Constituição de 1891, que pôs fim ao império e marcou o início da primeira fase republicana.

Descrevendo o que significou a mudança produzida pela Constituição de 1891 e a sua origem inspiradora, Paulo Bonavides elabora a seguinte assertiva:

> Com efeito, os princípios chaves que faziam a estrutura do novo Estado diametralmente oposta àquela vigente no Império eram doravante: o sistema republicano, a forma presidencial de governo, a forma federativa de Estado e o funcionamento de uma suprema corte, apta a decretar a inconstitucionalidade dos atos do poder; enfim, todas aquelas técnicas de exercício da autoridade preconizadas na época pelo chamado ideal de democracia republicana imperante nos Estados Unidos e dali importadas para coroar uma certa modalidade

[57] Não se afirma, com isso, que os EUA também não tenham passado por profundas mudanças ao longo da história, o que se quer demonstrar é que o Brasil sofreu intensas mudanças na formação de seu Estado, ao passo que nos EUA a base do que os constitui hoje foi lançada lá nos idos do século XVIII.

> de Estado liberal, que representava a ruptura com o modelo autocrático do absolutismo monárquico e se inspirava em valores de estabilidade jurídica vinculados ao conceito individualista de liberdade (BONAVIDES, p. 365).

Como lecionado por Bonavides, enquanto que nos EUA a separação de poderes surgiu como fruto da sede por liberdade após as experiências de abuso de poder vividas com a coroa britânica, no Brasil, fez-se uma importação do que funcionava lá no hemisfério norte, inserindo-se a separação de poderes inspirada na teoria de Montesquieu.

Porém, como demonstrado, os dois países tiveram bases muito diferentes. Enquanto nos Estados Unidos se discutia a liberdade de religião, através do *Bill of Rights*, no Brasil vivia-se um império que adotava uma religião oficial. Logo, ao importar o sistema posto nos EUA, o Brasil necessariamente faria adaptações e foi o que aconteceu com o passar dos anos, ao ponto de termos um funcionamento institucional bastante peculiar, que Sérgio Abranches chamou de presidencialismo de coalização.

> O Brasil é o único país que, além de combinar a proporcionalidade, o multipartidarismo e o "presidencialismo imperial", organiza o Executivo com base em grandes coalizões. A esse traço peculiar da institucionalidade concreta brasileira chamarei, à falta de melhor nome, "presidencialismo de coalizão". (ABRANCHES *apud* LIMONGI, 2014, p. 8)

O presidencialismo de coalizão, por assim dizer, confere enorme poder ao executivo, tornando o legislativo seu refém, à medida que o executivo lhe impõe a agenda. No pensamento de Fabiano Santos:

> Análises recentes mostram que os instrumentos de controle do processo decisório no legislativo, tais como medidas provisória, monopólio de emissão de proposições e pedidos unilaterais de urgência, favorecem o Executivo, tanto no que se refere à origem do que é aprovado quanto no tempo de tramitação dos projetos. (SANTOS, 2003, p. 38).

Portanto, vê-se que no Brasil o resultado da experiência de separação de poderes desde 1891 carrega uma influência imperial, de maneira que o poder executivo exerce um enorme poder de controle sobre o legislativo, enfraquecendo-o. Isso provoca a inoperância da casa legislativa que faz crescer ainda mais a importância do poder judiciário que, especialmente no Brasil, tem se ocupado, recorrentemente, de suprir o vácuo legislativo deixado pelo Congresso.

Isso traz à tona o risco alertado por Montesquieu, citado acima, de que a inoperância do legislativo permite que o executivo tome o poder que lhe cabe e se torne absoluto.[58] Diante disso, a releitura de Montesquieu diante dos desenvolvimentos históricos dos arranjos institucionais constitucionais é extremamente necessária.

CONCLUSÃO

Diversamente do que conclui Limongi[59], concluímos que o sistema político brasileiro é sim singular, assim como o é também o sistema político dos EUA e de outros países. A singularidade é decorrente justamente das experiências únicas de cada nação e das enormes diferenças culturais entre os povos. Entretanto, a singularidade não significa que o sistema político brasileiro seja melhor ou pior que qualquer outro, inclusive quanto à separação de poderes. O que ocorre é que o sistema precisa estar em constante aperfeiçoamento para não perder de vista que a separação dos poderes visa a sua limitação para que se evite abusos.

De acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2007, p. 81), "De fato, fracionado o poder em três poderes, o abuso de qualquer deles seria impossível, porque *le pouvoir arrête le pouvoir* [o poder para o poder]. A prática das novas instituições, todavia, destruiu esse equilíbrio e desnaturou a representação". Ou seja, a prática institucional tem o poder de destruir o equilíbrio e desnaturar mecanismos.

Reforçando essa ideia, a experiência dos EUA mostra que mesmo no país em que a aplicação da teoria de Montesquieu surgiu de uma genuína luta do povo por liberdade, não somente como importação de ideia e imposição de um sistema, é possível haver conflito e tensão entre os poderes como consequência do crescimento do poder.

---

[58] Não ignoramos que a própria Constituição insere em seu texto mecanismos de controle do legislativo por parte do executivo, como é o caso da medida provisória (Art. 62), mas é verdade também que deve haver limitação para evitar que esse recurso legislativo seja uma forma de abusar do poder. É bem verdade que o próprio legislativo tem conferido formas de limitá-lo, como aconteceu quando da limitação imposta ao trancamento de pauta pela medida provisória somente de questões que podem ser versadas por medida provisória.

[59] O autor conclui sua obra aqui citada com a seguinte afirmação: "Nada autoriza tratar o sistema político brasileiro como singular."

Por isso, no Brasil, é necessário haver rigor na fiscalização de como as relações institucionais entre os poderes se desenvolve para que não se incorra em erros preditos por Montesquieu há tanto tempo, como consequência do abuso de um poder que não foi limitado.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRANDÃO, Rodrigo. Quem tem a última palavra sobre a Constituição? In: ____. **Supremacia Judicial *versus* Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** São Paulo: Editora Lumen Juris, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 12 de outubro de 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed. 9 reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2010.

EUA. **The Constitution of the United States**. Disponível em: http://www.constitution.org/constit_.htm. Acesso em 12 de outubro de 2014.

EUA. **The Declaration of Independence**. Disponível em: http://www.archives.gov/exhibits/charters/declaration_transcript.html. Acesso em 12 de outubro de 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

LIMONGI, Fernando. **A Democracia no Brasil**. Disponível em: http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/18086_Cached.pdf. Acesso em 10 de outubro de 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède e de. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

RITCHIE. Donald A. **Our Constitution**. Disponível em: http://www.annenbergclassroom.org/Files/Documents/Books/Our%20Constitution/COMPLETED_Our%20Constitution.pdf. Acesso em 10 de outubro de 2014.

SANTOS, Fabiano. **O poder legislativo no presidencialismo de coalizão**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E O PODER JURISDICIONAL:
UM ENFOQUE SOB A USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIAS

Jucelane Tagliari

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objeto o exame da atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), desde a sua aprovação no Congresso Nacional, quando acrescido, por via da Emenda Constitucional (EC) nº 45, de 30 de dezembro de 2004, conhecida como “Reforma do Judiciário”, o artigo 103-Bà Constituição Federal. Possibilitou-se, a partir desse momento histórico, a criação de um Órgão supostamente voltado ao “controle externo” da atividade administrativae do desempenho dos deveres funcionais do Poder Judiciário.

A inovação constitucionalinstigou posicionamentos diversos entre as classes envolvidas. Muitos entenderam como legítimo e adequado, enquanto que outros defenderame, por vezes, ainda sustentamque a atuação do CNJrepresenta verdadeira ofensaàs funções constitucionalmente estabelecidas aos Poderesdo Estado (Judiciário, Legislativo e Executivo) e, consequentemente, uma violação ao principioda Separação dos Poderes, disposto no artigo 2º da Constituição Federal.

O ponto de partida do presente estudo é o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.367/DF, em abril de 2005, quando o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou improcedente o pedido da Associação dos Magistrados do Brasil (AMB), concluindo pela constitucionalidade da criação do CNJ e reconhecendo suas competências. A Corte entendeu que o órgão não interfere na independência dos magistrados, tampouco a sua composição heterogênea extrapola a autonomia do Poder Judiciário - ambas cláusulas pétreas, nos termos do artigo 60, §4º, inc. III.

Diante disso, o trabalho está voltado à atuação do Conselho Nacional de Justiça após a ADInº 3367/DF, que, em determinadas situações, tem sido entendida

como exorbitante à função de fiscalização e aprimoramento do Judiciário brasileiro, gerando controvérsias sobre seus limites.Como será demonstrado a seguir, o controle meramente administrativo e de conduta do CNJ tem seguido novos rumos, com o acumulo de atribuições de cunho jurisdicional e, pode-se dizer, legislativo. Por consequência, fere oentendimentodo Supremo Tribunal Federal, conforme estabelecido pela Emenda Constitucional nº 45.

É o que se passa a analisar.

2. O CONGRESSO NACIONAL E A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45

Em 17 de novembro de 2004 o Congresso Nacional finalizou, passado treze anos de tramitação, a tão esperada Reforma do Judiciário, pensada com o intuito de aprimorar os princípios que norteiam a atuação desse Poder. O clamor por mais transparência na Justiça brasileira e, evidentemente, da necessidade de maior eficiência e acesso a prestação jurisdicional,foramfatores fundamentais para viabilizar a deliberação da matéria.

A Proposta de Emenda à Constituição (PEC), que ensejou na Reforma do Poder Judiciário, foi apresentada em 26 de março de 1992 pelo então deputado Hélio Bicudo. A polêmica em torno do texto fez com que a proposta recebesse inúmeras modificações no decorrer da sua tramitação. Tais divergências políticas dificultaram o consenso em torno de um texto adequado, que acabou por ser aprovado, na Câmara dos Deputados, somente no ano 2000.

Durante esse período, destacou-se como figura essencial à aprovação da matéria o então deputado Nelson Jobim, o qual, posteriormente, como Ministro do STF e na posição de Presidente da Corte, acabou defendendo a constitucionalidade do Conselho Nacional de Justiça.

Outro fato importante e que, certamente, colaborou na busca pelo consenso, foi a instalação, no ano de 1999, da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) para investigar o Poder Judiciário. Nesse período, setores diversos defenderam a Reforma do Judiciário como forma de neutralizar as ações da CPI contra a magistratura.

No Senado Federal, a partir do ano 2000, participaram da discussão osMinistros do Supremo Tribunal Federal, Tribunais Superiores, Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Ministério Público (MP) e outros. Todos na busca pelo consenso que, finalmente, aconteceu em 2004. Ainda assim, o texto aprovado não conseguiu agradar a todos e, como era de se esperar, sua validade foi questionada perante a Corte Constitucional.

Um dos principais pontos da Reforma, que passaremos a analisar em seguida, diz respeito à instituição do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), tido, por muitos, como um Órgão de "controle-externo" da magistratura.

3. ADI 3.367/DF – O SENTIDO E O ALCANCE DO JULGADO

Em abril de 2005 o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.367/DF, declarou, por maioria, a constitucionalidade da criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), nos termos aprovado pelo Congresso Nacional. Reafirmou-se, assim, a compatibilidade entre a ordem constitucional brasileira e a exigência pretendida. É o que revela a ementa daquele julgado:

> INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Emenda Constitucional nº 45/2004. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. Instituição e disciplina. Natureza meramente administrativa. Órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura. Constitucionalidade reconhecida. Separação e independência dos Poderes. História, significado e alcance concreto do princípio. Ofensa a cláusula constitucional imutável (cláusula pétrea). Inexistência. Subsistência do núcleo político do princípio, mediante preservação da função jurisdicional, típica do Judiciário, e das condições materiais do seu exercício imparcial e independente. Precedentes e súmula 649. Inaplicabilidade ao caso. Interpretação dos arts. 2ºe 60, § 4º, III, da CF. Ação julgada improcedente. Votos vencidos. São constitucionais as normas que, introduzidas pela Emenda Constitucional nº 458 de dezembro de 2004, instituem e disciplinam o Conselho Nacional de Justiça, como órgão administrativo do Poder Judiciário nacional.

O preciso alcance dessa conclusão requer o exame dos fundamentos em que se assentou a decisão do STF.

No entendimento da Associação dos Magistrados do Brasil (AMB), impetrante da Ação,a instituição do Conselho Nacional de Justiça implicaria: "(a) tanto inegável violação ao **principio da separação e da independência dos**

poderes (artigo 2º, CF), de que são corolários o autogoverno dos Tribunais e a sua autonomia administrativa, financeira e orçamentária (artigos 96, 99 e parágrafos e 168, CF); (b) como ainda a **ofensa ao pacto federativo** (artigos 18, 25 e 125, CF) na medida em que submeteu os órgãos do Poder Judiciário do Estados a uma supervisão administrativa, orçamentária, financeira e disciplinar por órgão da União Federal".

Cabe aqui lembrar algumas premissas do principio da separação dos poderes, primeiro ponto a ser questionado. No século XVIII, em "O Espírito das Leis", Montesquieu (1748, p. 175) sistematizou uma das mais importantes evoluções na estrutura organizacional do Estado, a separação tripartida dos Poderes:Legislativo, Executivo e Judiciário. A ideia, acolhida por Estados que sucederam as monarquias absolutistas (onde todo o poder se concentra na figura do rei), tem reflexos importantesna independência dos poderes. O Legislativo estaria voltado ao desenvolvimento de regras de vinculação e obrigaçãoàs leis; AoExecutivo seria atribuído o gerenciamento administrativo e representativo do Estado, e, por fim,ao Judiciário caberia a fiscalização do cumprimento das normas estabelecidas.

Aplicando o ensinamento de Montesquieu e partindo do princípio de que o poder do Estado é uno e, por isso, indivisível, a Constituição Federal do Brasil de 1988, em seu artigo 2º, assegurou a separação tripartida de poderes, exaltando tal sistema com independência e harmonia recíprocas entre as três instâncias _ sendo a competência jurisdicional reservadano âmbito do Poder Judiciário.

Sob esse aspecto, no entendimento da Corte, não háque se falar em afronta ao princípio da Separação dos Poderes. Foi enfatizado que, da maneira pela qual foi concebido, o Conselho Nacional de Justiça configura "órgão administrativo interno do Poder Judiciário e não instrumento de controle externo, e que, em sua maioria, os membros que o compõem são integrantes do Poder Judiciário" (MENDES, 2010, p. 1.137).Consoante o relator do caso, Ministro Cezar Peluso,

> A independência suporta, na sua feição constitucional, teores diversos de autonomia administrativa, financeira e disciplinar. Na verdade, ela só poder ser considerada invulnerável, como predicado essencial do sistema da separação, quando concreta redução do seu âmbito primitivo importe, em dano do equilíbrio e estabilidade entre os Poderes, transferência de prerrogativas a outro deles, ainda que não chegue a caracterizar submissão política. Ou, no que concerne ao judiciário, quando outra forma de supressão de atribuição degrade ou estreite a imparcialidade jurisdicional. Fora dessas hipóteses, não

> obsta a que o constituinte reformador lhe redesenhe a configuração histórica, mediante reorganização orgânica e redistribuição de competências no âmbito da estrutura interna do Judiciário, sem perda nem deterioração das condições materiais de isenção e imparcialidade dos juízes.

Ao se referir à composição do Conselho, formado por juízes em sua maioria, porém, com a presença de dois membros do Ministério Público, dois advogados e dois cidadãos, de notável saber jurídico e indicados pelo Congresso Nacional, afirmou o Ministro Cezar Peluso,

> pode ser que tal presença seja capaz de erradicar um dos mais evidentes males dos velhos organismos de controle, em qualquer país do mundo: o corporativismo, essa moléstia institucional que obscurece os procedimentos investigativos, debilita as medidas sancionatórias e desprestigia o Poder.

Essa íntima ligação entre a necessidade social de fiscalização e, obviamente, o clamor pela melhoria de eficiência e acesso ao judiciário fez com que a maior parte dos Ministros, sensíveis ao aprimoramento do funcionamento desse Poder, não relutassem em afastar qualquer hipótese de inconstitucionalidade na criação do Conselho, tendo em vista que esse integra o Judiciário (artigo92, I-A da CF), é composto em sua maioria absoluta por integrantes da Magistratura (artigo 103-B, I-XIII da CF) e há possibilidade de revisão de suas decisões pelo Supremo Tribunal Federal.

Com base nesse entendimento, conclui-se que órgão não exerce o controle externo (político), ou seja, as suas atribuições não ameaçam as garantias de autogoverno, autonomia financeira, administrativa e orçamentária inerentes ao Judiciário.

O segundo fundamento rebatido pelo STF, no julgamento da ADI nº 3.367/DF, leva em conta a unificação do judiciário. O ponto crucial aqui é que, no que se refere à violação do pacto federativo, não há que se tratar o Poder Judiciário da mesma forma que as demais funções (Legislativa e Executiva) republicanas.

A descentralização do Judiciário pelos Estados da Federação, com observância aos princípios estabelecidos na Constituição (artigo 125), é de fundamental importância à eficácia do sistema, porém, não se pode falar em um Judiciário autônomo e distinto para cada ente federativo. A justiça deve ser unificada, com intuito de preservar a jurisdicionalização.

Apenas para contextualizar, a forma republicana e federativa adotada pela Constituição de 1891 é fruto do trabalho de Rui Barbosa, que contribuiu para o considerável avanço da sociedade a época, de acordo com o artigo 1º da referida Carta, verbis:

> A Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil (CR/1891).

Tal dispositivo teve como inspiração os precedentes norte-americanos, precursores do federalismo. Nas palavras de Gonçalves de Carvalho, com a Constituição promulgada em 1787, os Estados americanos passaram a se sujeitar a uma série de princípios e diretrizes emanados da Constituição comum a todos eles, estreitando-se o vínculo federativo. Reservaram-se todos os poderes que não foram delegados para a União (CARVALHO, p. 1028, 2010).

A Constituição de 1988, seguindo a evolução histórica do federalismo, adota como modo de separação de competências da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios o federalismo cooperativo, conhecido por uma divisão não-rígida de competências.O que temos aqui é simples, a autonomia dos entes federados, nos termos atribuídos pela Constituição vigente, torna-se irreal, ou seja, em outras palavras:

> é preciso que se afaste de vez o 'mito da igualdade' entre os membros da Federação. Uma posição realista, que permite o avanço na redefinição de competências, exige que sejam reconhecidas as peculiaridades, as diferenças econômicas e sociais existentes entre os diversos membros da Federação brasileira (HORTA, 1999).

Voltando ao ponto em questão, é exatamente pensando no "mito da igualdade" e, obviamente, na unificação do Poder Judiciário, que Cezar Pelusodemonstrou em seu voto que não há subordinação hierárquica administrativa, financeira e disciplinar da magistratura estadual a um órgão da União, nos seguintes termos:

> O pacto federativo não se desenha nem expressa, em relação ao Poder Judiciário, de forma normativa idêntica à que atua sobre os demais Poderes da República. Porque a Jurisdição, enquanto manifestação da unidade do poder soberano do Estado, tampouco pode deixar de ser una e indivisível, é doutrina assente que o Poder Judiciário tem caráter nacional, não existindo, senão por metáforas e metonímias, "*Judiciários estaduais*" ao lado de um "Judiciário federal".

Superada tais questões, relacionadas ao vício de inconstitucionalidade por ferir o principio da separação dos poderes e o pacto federativo, passamos ao ponto crucial desse estudo, e que está em saber se, de qualquer outro modo, direto ou indireto, em maior ou menor grau, a criação, a composição e as atribuições do Conselho, após esses anos de atuação, põem em risco, mínimo que seja, o exercício das funções jurisdicionais, enquanto razão mesma da existência do Poder Judiciário.

4. E HOJE? CONTROLE ADMINISTRATIVO OU JURISDICIONAL?

Como consignou o Ministro Cezar Peluso, durante o julgamento da ADI nº 3.367/DF, é sabido que o CNJ é fruto dos "antigosanseios da sociedade pela instituição de um órgão superior, capaz de formular diagnósticos, tecer críticas construtivas e elaborar programas que, nos limites de suas responsabilidades constitucionais, dêem respostas dinâmicas e eficazes aos múltiplos problemas comuns em que se desdobra a crise do Poder".

Entretanto, agora a questão toma novos rumos, relativo aos limites das competências estabelecidas e reafirmadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) sobrea atuação do Conselho, de forma a preservar a autonomia jurisprudencial – valor essencial à democracia, pois não se preserva apenas os magistrados, mas, sobretudo, os cidadãos.

Já abordamos o fato da atuação do Conselho estar restritaa duas importantes missões: controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e controle do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes. Oconteúdo dessas atribuições é imprescindível para o bom funcionamento do órgão e para a manutenção de sua legitimidade constitucional. Não é possívelpermitir o "extrapolamento" de suas funções.

Dentro desse prisma, é vedado ao CNJ exercer atividade jurisdicional sob o argumento de necessária intervenção para zelar pela eficiência do Poder Judiciário. Ainobservância dos seus limites e, claro, a interferência jurisdicional, representa verdadeiro ataque à Separação dos Poderes, resultando em afronta ao Poder Legislativo e, sobretudo, ao Poder Judiciário.

Ao que tudo indicatal entendimento não éintegralmente seguido pelo Conselho, sendo possível identificar Resoluções editadas que, em princípio, excedem sua função meramente administrativa. A Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013,é um exemplo claro de intervenção jurisdicional do CNJ, na medida em que obriga os cartórios de todo o país a celebrar o casamento civil e converter a união estável homoafetiva em casamento. Outra, de igual importância, refere-se aos Cartórios de Registros Públicos, Resolução nº 80, de 09 de junho de 2009.

As decisões mencionadas demonstram o posicionamento do Conselho que, ao que parece, usurpa as funções dos Poderes Legislativo eJudiciário, legislando e interferindojurisdicionalmentesobre matérias diversas a sua competência.

Observa-se, contudo, que o STF não está alheio a atuação do Órgão, sendo, sempre que acionado, fiel a sua função de fiscalizador da atuação do Conselho Nacional de Justiça. No julgamento dos Mandados de Segurança (MSs) 28598 e 28611, disse o Ministro Marco Aurélio,

> em jogo se faz a organicidade do Direito, a primazia, o primado do Judiciário. Fico realmente perplexo quando noto que há reiteração de procedimento, após o crivo do Supremo, sobre a impossibilidade de mesclar-se administrativo e Judiciário.
>
> (...)
>
> e estranhando que, depois de pronunciamento quanto a matéria de fundo em mandado de segurança, em que o tribunal cassou um ato do Conselho Nacional de Justiça, interferindo no campo jurisdicional, esse mesmo Conselho reincida na prática.

O desrespeito ao Poder Judiciário, conforme demonstrado pelo Ministro, com a usurpação das funções atribuídas aos juízes e tribunais,acaba por ampliar as competências originalmentedefinidas ao CNJ. Não se pode esquecer que, tais competências são atribuídas aos magistrados para garantir a supremacia dasleis, cabendo tão somente a eles, que são incumbidos de função jurisdicional, fruto do mecanismo de freios e contrapesos estabelecido no texto constitucional como pilar à Separação de Poderes, não sendo extensivo para qualquer outro órgão administrativo.

Considerando que a Separação de Poderes é corolário do Estado Democrático de Direito, a preocupação quanto aos limites de competência do Conselho é absolutamente imprescindível. Porém, o Órgão não parece se intimidar com as medidas impostas pelo STF, agregando funções que não são de sua seara. É

possível enxergar com clareza o atentado, consciente ou não, contra o mecanismo de freios e contrapesos, na medida em que acumula atribuições de cunho jurisdicional e legislativo.

Não há dúvida, portanto, que permitir ao Conselho Nacional de Justiça a extrapolação dos limites originalmente impostos, nos termos do artigo 103-B, § 4º da Constituição Federal, abre-se espaço para novas e perigosas ingerências. Com isso, a insegurança jurídica assombra não somente a sociedade, mas, sobretudo, os próprios legitimados para protegê-la - Poder Judiciário.

CONCLUSÃO

Demonstrou-se ao longo deste estudo a importância da Teoria da Separação dos Poderes em um Estado Democrático de Direito. O Poder Judiciário representa a possibilidade de defesa contra ofensa ou ameaça a direito e, por esse motivo, sua independência é elevada ao grau máximo de proteção Constitucional. Assim, a atuação do Conselho Nacional de Justiça, como órgão de controle, deve ter balizas rígidas e bem definidas.

Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, à época da ADI nº 3.367/DF, e muito antes de se imaginar o alcance das decisões tomadas pelo CNJ, este Órgão tem desenvolvido um papel fundamental para a credibilidade e legitimidade dos atos dos magistrados e, por vezes, dos próprios Tribunais. O seu papel disciplinador e sancionatório é cada vez mais perceptível nos diversos casos enfrentados.

Observa-se, contudo, que os benefícios oriundos do Conselho podem se chocar com uma falha grave na sua atuação. Os poderes constitucionalmente estabelecidos ao CNJ não ferem qualquer cláusula pétrea, ou seja, não há que se falar em inconstitucionalidade de sua criação. Entretanto, o estreito limite que separa a atuação do Órgão das funções dos magistrados (poder jurisdicional) não pode ser ultrapassado. Do contrário, estamos diante de uma evidente infração das normas que formam o núcleo duro do Sistema Constitucional.

Aceitar essa possibilidade, mesmo que sob o argumento de preservar os princípios da Administração Pública e da legalidade dos atos administrativos

praticados por magistrados, seria transformar o Conselho Nacional de Justiça em Tribunal, contrariando a ideia da independência e supremacia do Poder Judiciário na sua posição de guardião das leis.

Não se pretende finalizar este trabalho com a apresentação do modelo exato a ser seguido pelo Conselho Nacional de Justiça, sendo esse conhecedor das suas devidas atribuição. Pretende-se, apenas, chamar a atenção para a necessidade de maior controle de seus atos pelo STF, diante de fortes indícios de extrapolação de suas funções em algumas decisões e confirmados pelo aumento das reclamações perante aquela Corte. As consequências de tais atos, muitas vezes despercebidos, acabam por infringir não apenas os poderes de atuação dos magistrados e dos parlamentares, mas, principalmente, os direitos e garantias de todos os cidadãos.

REFERÊNCIAS

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède e de. O Espírito das Leis. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional. Teoria do Estado e da Constituição. Belo Horizonte. 16ª edição. Ed. DelRey, 2010.

HORTA, Raul Machado. As Novas Tendências do Federalismo e seus Reflexos na Constituição brasileira de 1988. Revista do legislativo/MG, 1999.

ANÁLISE DO ALCANCE DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL PARA A EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS AUTORIZANDO A CONCESSÃO DE CRÉDITOS EXTRAORDINÁRIOS: EFEITOS PRÁTICOS E ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Louise Nicácio Santa Cruz

RESUMO: Por meio do presente artigo, buscar-se-á examinar o princípio da separação de poderes, considerando suas raízes históricas até a maneira como vem sendo apreendido no contexto em que impera o Estado Democrático de Direito. Em seguida, adentrar-se-á em uma análise crítica acerca das diretrizes que regem a disciplina jurídica sobre matéria orçamentária, especificamente no tocante à concessão de créditos extraordinários e o alcance do permissivo constitucional para a sua veiculação excepcional por meio de medida provisória. Confrontar-se-á, então, o tratamento normativo com a prática diagnosticada no Brasil, apresentando o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, em decisão proferida no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4048-DF, analisando-se o tema sob o enfoque do princípio da separação de poderes.

Palavras-chave: Crédito Extraordinário, Medida Provisória. Pressupostos constitucionais. Separação dos Poderes.

INTRODUÇÃO

A positivação que o ordenamento jurídico brasileiro apresenta para a separação de poderes encontra-se insculpida no art. 2º da Constituição Federal, quando se estabelece que são poderes independentes e harmônicos entre si, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário.

Contudo, para se compreender as dimensões conceituais que foram consideradas pelo Poder constituinte originário e as repercussões dai decorrentes na maneira como hoje se afere a separação dos poderes, é necessário, de início, ter em mente as raízes históricas influenciadorasda composição desse princípio inerente aos Estados Democráticos de Direito.

A partir dessas premissas, tornar-se-á viável construir um ponto de vista crítico sobre como esse princípio vem sendo considerado pela jurisprudência,

especificamente em situações em que discute um possível embate entre o exercício das funções típicas e atípicas dos Poderes Legislativo e Executivo.

O objeto de estudo sob a perspectiva da separação de poderes voltou-se para a decisão proferida no julgamento da Ação Direta de Inconstitucional nº 4048-DF, em que se questionou o cabimento de Medidas Provisórias veiculando matéria de natureza orçamentária, para além da hipótese excepcional, prevista nos arts. 62, § 1º, I, "d", e 167, § 3º, da Constituição Federal, no tocante à concessão de créditos extraordinários.

Analisar-se-á, por fim, o modo como ora se interpreta a aplicação da separação de poderes, e a possível solução para as situações de conflitos entre o Executivo e o Legislativo, a partir da compreensão do sistema de governo doutrinariamente denominado de presidencialismo de coalizão.

1. DA SEPARAÇÃO DE PODERES: BREVE HISTÓRICO

É relevante traçar, ainda que sucintamente, o panorama em que se insere a construção do princípio da separação de poderes.

De plano, insta apresentar como esclarecedor do seu marco histórico, o ensinamento apresentado pelo autor Paulo Bonavides[60], porquanto esclarece que, embora tenha se tornado sistematizada e mais notada, por meio da obra "O Espírito das Leis", de Charles-Louis de Secondat, barão de La Brède e de Montesquieu, conhecido como Montesquieu, é certo que a origem do princípio da separação de poderes antecede a essa época, podendo ser identificada desde as teorias defendidas por Aristóteles e John Locke, que se diferenciavam, dentre outros fundamentos, a partir da compreensão da quantidade de funções distintas que deveriam se fazer presentes no Estado, das autoridades que as exerceriam e da maneira como os poderes deveriam ser mais ou menos limitados. Para Bonavides, a diferença mais marcante da obra apresentada por Montesquieu, consistia no emprego da separação de poderes como técnica de salvaguarda da liberdade, absorvendo-a como o direito

---

[60]BONAVIDE, Paulo. **Ciência Política**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.136-138

de fazer tudo o que permitiam as leis, com o consequente primado da supremacia das leis.

Montesquieu considerava extinta a liberdade política quando se concentravam, em única pessoa singular ou coletiva, os poderes legislativo e Executivo.

Ora, embora a noção das funções inerentes a tais poderes e ao Judiciário fosse bastante diferente da atualmente concebida, permanecem vigentes alguns postulados atemporais deixados pelo pensador francês, mesmo transcorridos quase 260 anos de sua morte (em fevereiro de 1755), dentre os quais se destaca a constatação, citada por José Levi Mello do Amaral Júnior[61], de que a experiência eterna mostrou que todo homem que tem poder é tentado a dele abusar, até onde encontra limites. E, assim, o autor ressalta que Montesquieu teorizou como possível soluçãopara se evitar tal abuso, a necessidade de que, pela disposição das coisas, o poder impusesse freios ao próprio poder, fornecendo, assim, os fundamentos para o conhecido sistema de freios e contrapesos.

Na visão de Montesquieu, não obstante se destacassem três espécies de poderes: o Legislativo; o "Poder Executivo das coisas que dependem do direito das gentes"; e o "Poder Executivo das coisas que dependem do direito civil" (Poder Judiciário); não seriam dotados da mesma força, tampouco seriam igualitários, na medida em que o Judiciário, por exemplo, era concebido como um Poder praticamente nulo, limitado à aplicação literal da lei ao caso concreto.

Como bem ponderado por José dos Santos Carvalho Filho[62], "essa concepção originária de organização das funções estatais não se coaduna com os Estados Democráticos de Direito da atualidade, isso porque houve estrutural mudança nas competências institucionais". Vale dizer, as Constituições Escritas presentes nos Estados Democráticos de Direito passaram a se consubstanciar em

---

[61]AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis.** SãoPaulo: Revista dos Tribunais, v. 868, p. 53-68, 2008.

[62] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o guardião de promessas e o superego da Sociedade: Limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil. In: XIMENES, Julia Maurmann (Org). **Judicialização da política e democracia**. Brasília: IDP, 2014.

meios de garantir a proteção normativa e efetiva para os direitos fundamentais, bem como em instrumento legítimo para a limitação de poderes.

Nesse sentido, inclusive, é imperioso lembrar que desde a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo 16, já se estabelecia que "toda a sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não possui Constituição".

Voltado para esse contexto, o mestre Carvalho Filho, fundamentando-se em SchlinkPieroth, explicita que:

> A Constituição passa a ser fonte primeira do ordenamento jurídico-positivo; a separação das funções do Estado cede lugar a uma atuação coordenada, interdependente e harmônica dos Poderes Públicos; e os direitos fundamentais, além da perspectiva de direitos subjetivos de defesa dos cidadãos, passaram a ser visualizados como valores do Estado, em reconhecimento da dimensão objetiva (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p.67).

É, então, a partir dessa nova concepção do princípio da separação de poderes, inserido em um Estado Democrático de Direito, e positivado em uma Constituição escrita, que se analisará a controvérsia relativa aos limites do exercício de funções típicas e atípicas especificamente no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo.

2. DISCIPLINA JURÍDICA CONSTITUCIONALMENTE PREVISTA PARA EDIÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA SOBRE CRÉDITO EXTRAORDINÁRIO: LIMITES NORMATIVOS E PRÁTICA GOVERNAMENTAL.

Cumpre, doravante, adentrar no exame da legitimidade do controle do Poder Legislativo sobre a prática da edição de Medidas Provisórias pelo chefe do Poder Executivo, em matéria orçamentária, indicando como suposto fundamento o art. 167, § 9º, da Constituição Federal.

Com efeito, a teor da norma que se extrai do art. 62, § 1º, I, "d", da Constituição Federal, em alteração introduzida pelo Poder Constituinte Derivado, por meio da Emenda Constitucional 32 de 2001, resta autorizado ao Presidente da

República, em caso de relevância e urgência, adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.Encontra-se vedada, contudo, a edição de medidas provisórias que veiculem, dentre outras, as matérias relativas aos planos plurianuais, às leis de diretrizes orçamentárias, ao orçamento e aoscréditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º, do mesmo texto constitucional.

Referido preceito normativo estabelece que a abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, observado o disposto no supracitado art. 62.

Da teleologia que se pode extrair desses preceitos normativos, observa-se que, diante da relevância e das cautelas necessárias a serem adotadas em se tratando da veiculação normativa de matéria orçamentária, o Constituinte conferiu a primazia da observância à regulamentação por meio de lei – consoante se extrai da regra geral prevista no art. 62, § 1º, I. Apenas excepcionalmente, permitiu-se ao Poder Executivo utilizar-se de medida provisória versando sobre orçamento e, apenas no tocante à autorização para a obtenção de crédito extraordinário.

Nessa medida, observa-se que o Constituinte foi bem incisivo e diretivo, mitigando a margem de discricionariedade para o Poder Executivo valer-se de medidas provisórias sobre essa matéria. Importa dizer que, para além dos pressupostos concernentes à relevância e urgência previstos no *caput* do art. 62 da Lei Maior, o Constituinte explicitou o que se entende por crédito extraordinário (art. 167, § 3º). Embora essa norma não indique de um rol taxativo de hipóteses, é certo que apenas se deve entender como despesas extraordinárias aquelas que se revistam de um caráter de tamanha imprevisibilidade e urgência, similar ou equiparado ao verificado em situações decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública.

A esse respeito, esclareça-se que não se questiona a relevância da atuação do Poder Executivo, no exercício da função atípica – que lhe foi constitucionalmente outorgada de modo excepcional – deeditar Medidas Provisórias, como um meio institucional destinado a viabilizar a produção normativa ágil, em casos de efetiva necessidade, vale dizer, de relevância e urgência. Esse permissivo, inclusive, ajuda a neutralizar situações de grave risco para a ordem pública e para o interesse social.

Ocorre que, em se tratando de matéria orçamentária, uma das diretrizes que norteiam sua disciplina normativa emana do princípio do planejamento, que impõe ao chefe do Poder Executivo, previamente, programar as despesas que pretende realizar, as fontes de onde advirão os recursos para custeá-la, o que deve ser observado em projetos de leis orçamentárias, que são de sua iniciativa, como o Plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual, submetidos ao rito de tramitação constitucionalmente previsto e em que se observa a atuação do Poder Legislativo.

Como salientado, apenas diante de situações excepcionais, a Constituição Federal admite ao Poder Executivo ultrapassar essas regras gerais, e valer-se de Medidas Provisórias, em se tratando do advento de situações extremas e urgentes, insuscetíveis de terem sido previstas e programadas, ao tempo da formulação do planejamento orçamentário, tal como as verificadas em situações de calamidade pública, guerra e comoção interna.

O autor Harrison Leite[63] pondera que, durante muito tempo a União se valeu de Medidas Provisórias para obter a concessão de créditos extraordinários em situações distintas das tipificadas no art. 167, § 3º, da Constituição Federal, o que, dentre outras consequências, acarreta grave dano decorrente da alteração imediata das dotações, sem a possibilidade de se alcançar o retorno ao *status quo ante*, dentro do qual, a lei orçamentária fora legitimamente votada e aprovada.

O referido doutrinador, doutor em Direito Tributário, traça o contexto em que se verifica essa atuação do Poder Executivo e as consequências práticas dai decorrentes, ao salientar que:

> Em virtude dessa atuação repetida, que trazia vários problemas à execução do orçamento, já que o mesmo era aprovado pelo Parlamento e logo após alterado via medida provisória pelo Executivo, diversas foram as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) ajuizadas no Supremo Tribunal Federal (STF), com o fito de controlar a adequação dessas medidas provisórias com o art. 167, § 3º, da CF, mas todas sem êxito, sob o argumento de que (i) não cabia controle de constitucionalidade em relação às leis orçamentárias, bem como às que promoviam a sua alteração (...).

[63] LEITE, Harrison. **Manual de Direito Financeiro.** Salvador: Editora JusPodivm. 2014, p. 26-27.

O julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.048 – DF representou um marco na alteração jurisprudencial do STF sobre matérias orçamentárias e sobre a interpretação do alcance que o Poder Executivo conferia à norma do art. 167, § 3º, da Constituição da República.

Na referida ADI, foi impugnada a Medida Provisória 405, de 18.12.2007, posteriormente convertida na Lei11.658, de 18.04.2008, em que se veiculava a abertura de crédito extraordinário, em favor da Justiça eleitoral e de diversos órgãos do Poder Executivo, em montante que ultrapassava cinco bilhões de reais, e mediante rubricas voltadas para despesas alheias às que seriam contempladas em situação fática prevista no indigitado art. 167, § 3, da Lei Maior.Vale dizer, editou-se medida provisória, sobre matéria orçamentária que não versava sobre crédito de natureza extraordinária, o que é expressamente proibido pela regra geral do art. 62 da Constituição Federal, em hipóteses tradicionais, comuns, suscetíveis de terem sido previstas e programas, e oportunamente inseridas nos projetos de leis orçamentárias, submetidos ao trâmite indispensável do processo legislativo.

Nesse julgamento, o Plenário do Supremo Tribunal Federal deferiu o pedido de medida cautelar, para suspender a vigência da referida lei, em acórdão assim ementado:

> EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 405, DE 18.12.2007. ABERTURA DE CRÉDITO EXTRAORDINÁRIO. LIMITES CONSTITUCIONAIS À ATIVIDADE LEGISLATIVA EXCEPCIONAL DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS. I. MEDIDA PROVISÓRIA E SUA CONVERSÃO EM LEI. Conversão da medida provisória na Lei nº 11.658/2008, sem alteração substancial. Aditamento ao pedido inicial. Inexistência de obstáculo processual ao prosseguimento do julgamento. A lei de conversão não convalida os vícios existentes na medida provisória. Precedentes. II. CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS ORÇAMENTÁRIAS. REVISÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade. III. LIMITES CONSTITUCIONAIS À ATIVIDADE LEGISLATIVA EXCEPCIONAL DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS PARA ABERTURA DE CRÉDITO EXTRAORDINÁRIO. Interpretação do art. 167, § 3º c/c o art. 62, § 1º, inciso I, alínea "d", da Constituição. Além dos requisitos de relevância e urgência (art. 62), a Constituição

> exige que a abertura do crédito extraordinário seja feita apenas para atender a despesas imprevisíveis e urgentes. Ao contrário do que ocorre em relação aos requisitos de relevância e urgência (art. 62), que se submetem a uma ampla margem de discricionariedade por parte do Presidente da República, os requisitos de imprevisibilidade e urgência (art. 167, § 3º) recebem densificação normativa da Constituição. Os conteúdos semânticos das expressões "guerra", "comoção interna" e "calamidade pública" constituem vetores para a interpretação/aplicação do art. 167, § 3º c/c o art. 62, § 1º, inciso I, alínea "d", da Constituição. "Guerra", "comoção interna" e "calamidade pública" são conceitos que representam realidades ou situações fáticas de extrema gravidade e de conseqüências imprevisíveis para a ordem pública e a paz social, e que dessa forma requerem, com a devida urgência, a adoção de medidas singulares e extraordinárias. A leitura atenta e a análise interpretativa do texto e da exposição de motivos da MP nº 405/2007 demonstram que os créditos abertos são destinados a prover despesas correntes, que não estão qualificadas pela imprevisibilidade ou pela urgência. A edição da MP nº 405/2007 configurou um patente desvirtuamento dos parâmetros constitucionais que permitem a edição de medidas provisórias para a abertura de créditos extraordinários. IV. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. Suspensão da vigência da Lei nº 11.658/2008, desde a sua publicação, ocorrida em 22 de abril de 2008. (ADI 4048 MC / DF - DISTRITO FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Julgamento em 14/05/2008. Órgão Julgador: Tribunal Pleno, DJe-157 DIVULG 21-08-2008 PUBLIC 22-08-2008)[64].

Não se pode analisar o tema em debate dissociado do contexto político e do sistema governamental presente no Brasil, doutrinariamente conhecido como presidencialismo de coalizão,

Há de se considerar, a esse respeito, as ponderações trazidas pelo autor doutor Sérgio Antônio Ferreira Victor[65], no sentido de que, no contexto social em que os Poderes Legislativo e Executivo mantêm relações institucionais, por meio do sistema de governo conhecido com Presidencialismo de coalizão, tem-se que o uso de

---

[64]BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Acórdão proferido na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidadenº 4.048**. Relator: MENDES, Gilmar. Publicado no DjeDJe-1u7 em 22-08-2008.

[65] FERREIRA VICTOR. Sérgio Antônio. **Presidencialismo de coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro.** 2011. Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas) - Centro Universitário de Brasília, Centro Universitário de Brasília. Orientador: José Levi Mello do Amaral Júnior.

mecanismos legislativos atribuídos ao Poder Executivo (iniciativas privativas de projeto de lei, especialmente em matéria orçamentária, edição de medidas provisórias, vetos) viabiliza o diálogo institucional entre a Presidência da República e o Congresso Nacional, por meio da ampla coalizão governista.

Égrande, portanto, a relevância de ser resguardado o diálogo institucional, em todas as etapas de elaboração normativa e de formulação de políticas públicas, o que viabiliza alcançar a almejada governabilidade.

Contudo, não se pode perder de vista que, considerando o permissivo constitucional para o Poder Executivo exercer a função atípica de legislar, máxime em se tratando da situação excepcional das matérias de natureza orçamentária, há a premência de serem observados os limites que o próprio Poder Constituinte expressamente impôs, inclusive sob a atual compreensão da separação dos poderes.

As situações extremas, em que tais limites não são observados, findam por gerar instabilidades sociais e crisesinstitucionais, na medida em que, além da desconfiança e do descrédito repercutidos na sociedade, a partir da identificação do abuso; também se observa que o Poder que teve o exercício de sua função precípua reiteradamente tolhido e ameaçado, e sendo assim dotado de legitimidade, finda por buscar o Poder Judiciário para que faça imperar a efetividade das normas constitucionais que impõem os limites e a observância ao primado da separação de poderes, como hodiernamente vem sendo aferida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É a partir do tratamento normativo minudente e criterioso conferido na Constituição Federal para as matérias de natureza orçamentária, que se deve analisar o permissivo constitucional para a edição de medidas provisórias autorizando a concessão de crédito extraordinário. Essa previsão excepcional conferindo função atípica para o Poder Executivo, teleologicamente viabiliza uma solução rápida e eficaz para situações graves e de crises, como as identificadas em se tratando de calamidade pública, guerra e comoção interna. Compreende-se, assim, que a opção política do Poder Constituinte Derivadose deu com o escopo de se viabilizar uma melhor governabilidade, em tais contextos extremos.

Contudo, nos moldes da constatação já apresentada desde Montesquieu, todo aquele que detém o poder, se não observar os limites que lhes são inerentes, tende a dele abusar.

Esse é o diagnóstico da realidade brasileira, em que o Poder Executivo notadamente e reiteradamente se vale da medida provisória para veicular matéria orçamentária, sobre créditos distintos dos de natureza extraordinária, de modo a não apenas abusar do poder que lhe foi conferido pela Emenda Constitucional 32 de 2001, como a desvirtuar a sua natureza para hipóteses alheias às constitucionalmente previstas.

Tal contexto restou reconhecido tanto pela doutrina, como na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4048-DF, o que acarretou a alteração do posicionamento do Supremo Tribunal Federal em se tratando de controle judicial sobre matéria orçamentária.

Com efeito, em situações tais, de caráter extremo, não pode se identificar sequer o respeito ao diálogo institucional, que deveria se fazer presente em um sistema de governo de presidencialismo de coalizão. Constata-se em verdade uma notória usurpação da função essencial de legislar, que é inerente e típica do Poder Legislativo, o que configura a manifesta afronta ao princípio da separação de poderes, como hodiernamente pode ser aferida.

REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 868, p. 53-68, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.136-138

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Acórdão proferido na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.048**. Relator: MENDES, Gilmar. Publicado no DJe em 22-08-2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o guardião de promessas e o superego da Sociedade: Limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil. In: XIMENES, Julia Maurmann (Org). **Judicialização da política e democracia**. Brasília: IDP, 2014.

FERREIRA VICTOR. Sérgio Antônio. **Presidencialismo de coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro.** 2011. Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas) - Centro Universitário de Brasília, Centro Universitário de Brasília. Orientador: José Levi Mello do Amaral Júnior

LEITE, Harrison. **Manual de Direito Financeiro.** Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 26-27.

TEORIA DOS DIÁLOGOS INTERINSTITUCIONAIS E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Lucas Sales da Costa

INTRODUÇÃO

A apresentação de uma teoria simpática ao cooperativismo e à conversação entre todos os poderes republicanos e a sociedade, em contraposição a uma interpretação concentradora e exclusivista operada pelo órgão de cúpula do Judiciário, constitui o objetivo deste trabalho.

Analisar-se-á, então, de que modo a tese dos diálogos interinstitucionais pode nutrir o ativismo judicial e seus limites de influxos positivos que superem uma interpretação única ou restrita do texto constitucional.

2 DESENVOLVIMENTO

Candente discussão no constitucionalismo contemporâneo diz com a crescente relevância que tem adquirido o Poder Judiciário no cenário comumente dominado pelas instituições políticas representativas da sociedade, consignando um fenômeno conhecido como protagonismo judicial.

A temática não é nova, seja alhures, seja no Brasil, e seus contornos e suas indefinições suscitam estudos por todos os operadores do Direito preocupados com a tensão entre a imprescindibilidade de tal poder para a efetivação do Pacto Maior e os riscos de uma atuação jurisdicional desproporcional.

Particularmente em nosso País, por motivos diversos, mas que podem ser exemplificados com a crise de representatividade dos Poderes Legislativo e Executivo, a insatisfatória atuação de ambos no exercício das políticas públicas, a vasta gama de direitos insculpidos numa Constituição prolixa e dialética e a confiança depositada pelo Constituinte no Judiciário como solucionador dos compromissos firmados em 1987, a problemática central não é se a função jurisdicional pode atuar de maneira

construtiva e participativa, mas, sim, como permitir-lhe uma atuação prudente e razoável, apta a evitar qualquer pecha de um negativo ativismo.

Cuida-se, pois, de aferir o "como", e não o "se", de sorte que eventuais e inflexíveis objeções a uma conduta firme e prospectiva desse poder, na maioria absoluta das vezes, assumem uma importância meramente acadêmica e de difícil aceitação, portanto, quando se considera a pátria realidade. Nessa linha, ensina Barroso (2012, p.242-244):

> Há causas de naturezas diversas para o fenômeno. A primeira delas é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. Como consequência, operou-se uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais, assim na Europa como em países da América Latina, particularmente no Brasil. A segunda causa envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade (...) A judicialização constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juízes e Tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial.

Produto específico e natural dessa constatação é uma vertiginosa ascendência do Supremo Tribunal Federal na seara de atuação dos outros poderes, dada a influência de suas decisões nas mais diversas temáticas litigiosas que afloram no seio social, num exercício jurisdicional tão irradiante quando discutível.

Por imperativo didático, e em virtude do campo material deste artigo, não é oportuno discutir os pormenores dos limites e das possibilidades da propalada judicialização, bem como do ativismo judicial ínsito ao tema. O objetivo aqui é mais modesto, embora não menos relevante.

Cuida-se de analisar a contribuição que pode oferecer a *teoria dos diálogos interinstitucionais* para uma razoável interpretação da locução do art. 102, "caput", da Constituição Federal de 1988, na qual se vislumbra a função do STF de tutor precípuo da Lei Fundamental, tese idônea a alcançar um meio termo entre uma conduta desarrazoada e desmedida e uma contenção tímida e insuficiente, evitando-

se, por conseguinte, a denominação convencionalmente pejorativa atribuída ao ativismo judicial.

O bom estudo da matéria intenta repelir que se confira o monopólio da interpretação constitucional a um único Poder, o que prestigia o caráter aberto da leitura dos valores fundamentais, pluralizando o debate entre as instituições e nutrindo a democracia.

Essa moderna hermenêutica cinge-se ao que Peter Häberle denominou de "sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, consubstanciada na travessia de uma exegese fechada e insulada para uma outra ampla e multifacetária. A interpretação constitucional seria "negócio de cada um e de todos potencialmente", obtemperando Bonavides (2014, p. 524 e 525) que

> A tese esposada pelo constitucionalista alemão é a de que na interpretação da constituição se acham potencialmente abrangidos "todos" os órgãos estatais, todos os entes públicos, todos os cidadãos, todos os grupos, não havendo numerus clausus de intérpretes constitucionais. A interpretação da Constituição, havida até então como um ato consciente, deliberado, formal, do jurista de profissão, como cousa de "sociedade fechada", deve porém na realidade considerar-se pela nova metodologia como obra da "sociedade aberta", de quantos dela participam materialmente. A interpretação da Constituição, assim entendida, está sempre a coconstituir a sociedade aberta e a ser por ela constituída, sendo seus critérios tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade. O alargamento do número de intérpretes é tão somente, segundo Häberle, uma consequência da incorporação – por todos preconizada – da realidade ao processo de interpretação. Os intérpretes em sentido amplo entram assim a constituir parte ou elemento dessa realidade pluralista, enquanto se reconhece não ser a norma tampouco um dado simples, perfeito ou acabado, senão algo que faz suscitar o problema de quem participa funcional e pessoalmente no seu "desenvolvimento", a saber, as forças ativas do Direito em "ação pública".

A aplicação se afigura saudável para o despertar de novas ideias, dinamizando as compreensões acerca dos direitos, interesses e objetivos que o Pacto Constitucional contempla e põe-se a efetivar. Com efeito, a atribuição do poder de voz única e da palavra final ao Judiciário engessa o potencial ativo e reivindicatório dos demais poderes e da opinião pública informal, incompatibilizando-se, consequentemente, com o Estado Democrático de Direito.

Não se despreza a imprescindibilidade da outorga a tal Poder da força normativa cogente apta a fazer valer o cumprimento obrigatório das leis, já que, obviamente, a inexistência de tal compulsoriedade pode implicar a quebra do Estado

de Direito, cuja primordial função é a própria pacificação dos conflitos e a harmonização social.

Diga-se, pois, que a cooperação institucional ora delineada não sobrepuja o caráter imperativo do Direito, que ao Estado-Juiz, quando depara com um litígio qualquer em que invocada alguma legalidade ou inconstitucionalidade, compete preservar.

De fato, revela-se indispensável que, nas ações judiciais em geral, exsurja uma "última palavra" encerrando a querela, sob pena de grave comprometimento da segurança jurídica e, como efeito, da perda de credibilidade da atividade jurisdicional.

Importa apreender que a interpretação constitucional não se define, nem tem fim, com o término de um processo posto a juízo, dada a litigiosidade naturalmente remanescente, assentada nas comuns insurgências, conversas e aberturas evidenciadas nas esferas da opinião pública informal e dos poderes públicos após a tomada de uma decisão pela Corte Suprema. A respeito, fala Sarmento (2013, p. 402 e 404) que:

> Uma decisão do STF é, certamente, um elemento de grande relevância no diálogo sobre o sentido de uma norma constitucional, mas não tem o condão de encerrar o debate sobre uma controvérsia que seja verdadeiramente importante para a sociedade. Sob o ângulo prescritivo, não é salutar atribuir a um órgão qualquer a prerrogativa de dar a última palavra sobre o sentido da Constituição. Definitivamente, a Constituição não é o que o Supremo diz que ela é (...) Aliás, nas ações judiciais em geral, é realmente indispensável que haja uma última palavra pondo fim ao litígio, sob pena de se comprometer uma das finalidades essenciais do processo, que é resolver os conflitos intersubjetivo, trazendo segurança jurídica e pacificação social. Mas a interpretação constitucional não se encerra com o término de um processo judicial (...) Se a disputa for de fato muito relevante, é pouco provável que uma decisão judicial baste para colocar uma pá de cal no assunto, aquietando os grupos perdedores e os setores da opinião pública que o apoiam.

A realização do diálogo, bem se vê, é bastante favorável, ao fomentar o controle recíproco entre os poderes estatais e propiciar correções e aperfeiçoamentos no âmbito da hermenêutica constitucional. Dessa maneira, reconhecem-se as falhas e valorizam-se as virtudes dos distintos atores institucionais, despontando uma via interativa que evita monopolismos ao enaltecer as múltiplas possibilidades de acesso e aplicação dos entendimentos respeitantes aos valores maiores do ordenamento jurídico. A esse respeito, assinala Brandão (2012, p. 288 e 289):

> Acredita-se que um modelo dialógico articula de forma mais proveitosa o autogoverno do povo e os direitos fundamentais do que os modelos de supremacia, já que: (i) provê múltiplos pontos de acesso aos interessados em determinada questão constitucional, na medida em que eles poderão atuar perante instituições diversamente representativas (sobretudo o Judiciário e o Legislativo), o que promove o pluralismo e a democracia; (ii) reduz a oportunidade de atuação unilateral de quaisquer "poderes", intensificando os mecanismos de freios e contrapesos, fator que tende a conter o exercício arbitrário do poder estatal. Ademais, tal modelo de "circularidade procedimental" (iii) torna a concretização da Constituição um processo interativo, no qual cada um dos "poderes" contribui com seus conhecimentos específicos, redundando na construção de um modelo de tomada de decisão mais qualificado, circunstância que – especialmente quando estiverem em jogo questões complexas – tende a produzir decisões melhores, a forjar consensos políticos e a garantir segurança jurídica. Nesta esteira, vale lembrar que a teoria dos diálogos constitucionais conduz os processos de interpretação constitucional a resultados provisórios, que se sujeitam permanente a críticas vindas da esfera pública, circunstância que, de acordo com a teoria da democracia deliberativa, lhes confere capacidade de autocorreção.

Avançando à casuística da jurisdição aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, alguns julgamentos têm provocado várias discussões referentes à interpretação conferida pela Corte ao texto fundamental, bem como aos limites de sua atuação em face das relações firmadas com os outros entes da República. Tais decisões possibilitam, de certo modo, uma compreensão tangente às assertivas que ora se delineiam.

Nesse particular, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 2.797/DF, ajuizada contra a Lei nº. 10.628/2002, o STF aferiu se é possível o legislador "corrigir" interpretação constitucional realizada por tal órgão de cúpula no que atine à extensão do foro por prerrogativa de função para um momento posterior ao exercício da função pública.

No caso em apreço, após o cancelamento de sua súmula nº. 384, o Supremo passou a entender que somente durante o exercício da função pública se aplicaria o foro especial. O Legislativo, porém, em uma contraposição explícita ao entendimento levado a efeito pelo STF, introduziu um parágrafo modificativo no art. 84 do Código de Processo Penal, prevendo o novo dispositivo, exatamente, a compreensão que havia sido rechaçada.

Provocado para examinar a validade da modificação legislativa, o STF julgou procedente a ação e firmou o entendimento de que ao legislador não cabe impor uma interpretação da constituição em contrariedade a uma hermenêutica direta feita pelo intérprete final da Lei Fundamental, a saber, a própria Corte Suprema. O voto do Ministro Sepúlveda Pertence (relator) aduziu os seguintes termos:

> 1. O novo § 1º do art. 84 CPrPen constitui evidente reação legislativa ao cancelamento da Súmula 394 por decisão tomada pelo Supremo Tribunal no Inq 687-QO, 25.8.97, rel. o em. Ministro Sydney Sanches (RTJ 179/912), cujos fundamentos a lei nova contraria inequivocamente. 2. Tanto a Súmula 394, como a decisão do Supremo Tribunal, que a cancelou, derivaram de interpretação direta e exclusiva da Constituição Federal. 3. Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior. 4. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal - guarda da Constituição -, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição - como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia -, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames. 5. Inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 C.Pr.Penal, acrescido pela lei questionada e, por arrastamento, da regra final do § 2º do mesmo artigo, que manda estender a regra à ação de improbidade administrativa. IV. Ação de improbidade administrativa: extensão da competência especial por prerrogativa de função estabelecida para o processo penal condenatório contra o mesmo dignitário (§ 2º do art. 84 do C Pr Penal introduzido pela L. 10.628/2002): declaração, por lei, de competência originária não prevista na Constituição: inconstitucionalidade. 1. No plano federal, as hipóteses de competência cível ou criminal dos tribunais da União são as previstas na Constituição da República ou dela implicitamente decorrentes, salvo quando esta mesma remeta à lei a sua fixação. 2. Essa exclusividade constitucional da fonte das competências dos tribunais federais resulta, de logo, de ser a Justiça da União especial em relação às dos Estados, detentores de toda a jurisdição residual. 3. Acresce que a competência originária dos Tribunais é, por definição, derrogação da competência ordinária dos juízos de primeiro grau, do que decorre que, demarcada a última pela Constituição, só a própria Constituição a pode excetuar. 4. Como mera explicitação de competências originárias implícitas na Lei Fundamental, à disposição legal em causa seriam oponíveis as razões já aventadas contra a

> pretensão de imposição por lei ordinária de uma dada interpretação constitucional. 5. De outro lado, pretende a lei questionada equiparar a ação de improbidade administrativa, de natureza civil (CF, art. 37, § 4º), à ação penal contra os mais altos dignitários da República, para o fim de estabelecer competência originária do Supremo Tribunal, em relação à qual a jurisprudência do Tribunal sempre estabeleceu nítida distinção entre as duas espécies. 6. Quanto aos Tribunais locais, a Constituição Federal -salvo as hipóteses dos seus arts. 29, X e 96, III -, reservou explicitamente às Constituições dos Estados-membros a definição da competência dos seus tribunais, o que afasta a possibilidade de ser ela alterada por lei federal ordinária.

Que as decisões do Supremo possuem caráter impositivo e precisam receber a deferência dos poderes obviamente submetidos ao Estado de Direito não se discute, pelas razões já expostas: trata-se de simples e obrigatório cumprimento das decisões judiciais.

Sem embargo, isso não significa uma subserviência automática e absoluta do Legislador, do Executivo e da própria sociedade, os quais podem endossar suas resistências e pugnar pela reversão de entendimentos jurisprudenciais que, longe de se revestirem de um caráter absoluto, merecem, muitas vezes, ser repensados para, efetivamente, evoluir.

A dialética ora defendida, assim, objetiva o alcance de um modelo de deliberação mais inclusivo e democrático do que a atribuição da derradeira palavra a qualquer que seja o poder, o que, soa inequívoco, pode transmutar-se num despotismo judicial pouco inteligente e bastante incompatível com as ideias que o novo constitucionalismo apregoa num contexto social que urge por debates, participação e, claro, soluções.

CONCLUSÃO

A compreensão e a aplicação de uma teoria largamente inclinada ao construtivismo, ao debate e às variadas formas de enxergar o texto constitucional representam, de modo inequívoco, ao refutar exclusivismos e autoritarismos, uma louvável esperança na construção de novos acertos e paradigmas hermenêuticos realmente capazes de permitir a participação de todos os grupos sociais e institucionais nos desenhos da nação que se deseja.

Num mundo plural de raríssimo consenso, em que são comuns os desacordos morais razoáveis e os dissídios de direitos, ideias e valores, acredita-se

que a emergência de um esquema de deliberação palpável e dinâmico, condizente com uma ampla participação de todos os atores sociais, muito pode contribuir para uma efetivação mais justa e contundente da Constituição Federal.

REFERENCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**: a quem cabe dar a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Júri, 2012.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; Sarmento, Daniel. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SEPARAÇÃO DE PODERES: TEORIA E CRÍTICA

Manoel Messias de Sousa

Resumo: O artigo trata do fenômeno da independência e harmonia entre os três Poderes da União, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, preconizados no artigo 2º da Constituição Federal de 1988, bem como de sua evolução histórica e da atuação do Poder Judiciário no julgamento de causas envolvendo a usurpação de competência e a quebra da harmonia entre esses três Poderes. O artigo traz à colação casos concretos julgados pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Apresenta o problema da falta de diálogo institucional entre os Poderes e o mal-estar que esses conflitos geram à Nação. Trata, ainda, da separação dos Poderes no Brasil e da atuação do Poder Judiciário no mundo moderno.

Palavras-Chave: Separação dos Poderes da União. Independência. Harmonia. Equilíbrio. Usurpação de competência. Conflitos. Atuação do Poder Judiciário. Previsão constitucional.

Abstrac: The article explores the phenomenon of independence and harmony among the three branches of government, the Legislative, the Executive and the Judiciary as stated in Article 2 of theConstitution of 1988, as well as its history and the role of the Judiciary in trial causes involving the usurpation of competence when such harmony has been violated. The article brings about concrete cases decided by the Supreme Court on the subject. Moreover, it presents the existing problem of lack of institutional dialogue between the distinct branches of government and the distemper that such conflicts generate to the Nation. It also deals with the separation of Powers in Brazil and the role of the Judiciary in the modern world.

Keywords: Separation of Powers. Independence. Harmony. Balance. Usurpation of competence. Conflicts. Judiciary role. Constitution.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda a complexa questão da separação dos Poderes, examinando além da evolução teórica do tema outros aspectos igualmente relevantes, tais como: a atuação do Supremo Tribunal Federal no processo de intermediação de conflitos entre os demais ramos de Poder, o relacionamento interinstitucional entre esses órgãos no Brasil e alguns casos concretos relativos ao exercício da Jurisdição Constitucional no sistema político brasileiro (Presidencialismo de Coalizão).

Na discussão dessa instigante matéria, foram examinados textos doutrinários (análise bibliográfica) e, sobretudo, acórdãos do Supremo Tribunal Federal que ventilaram conflitos entre os três Poderes da União.

A dicção do art. 2º da Constituição Federal de 1988 é clara: "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário."

Entretanto, na prática, observa-se uma multiplicidade de situações em que a atuação individual dos Poderes entraram em rota de colisão. Cite-se, como exemplo, as questões concretas enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 3367/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, Plenário, DJ 22.9.2006; 4048/DF MC, Relator Ministro Gilmar Mendes, Plenário, DJe 22.8.2008; 2797/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, DJ 19.12.2006 e nos Mandados de Segurança 27.931/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJe 1º.4.2009 e MS 32.033/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, julgado em 20/06/2013, DJe 17/02/2014.

O problema existe, isso é uma realidade, mas neste trabalho propõe-se a apresentar uma possível solução, ainda que não seja a única, mas que diminua as tensões entre os Poderes da República e minimize as situações de desarmonia e de avanço de um Poder sobre o outro.

Há críticas quanto à atuação do Supremo Tribunal Federal para evitar a usurpação da competência em relação aos demais poderes, mas sua atuação tem previsão constitucional, no artigo 103 da Constituição Federal de 1988, na Lei nº 9.868/99 e no seu Regimento Interno. É, pois, o órgão de cúpula do Poder Judiciário e o último a dar sentido à Constituição Federal, no exercício da Jurisdição Constitucional. Incumbe-lhe, portanto, atuar para neutralizar a usurpação de competência de um poder sobre o outro, pois, do contrário, ter-se-á a degeneração institucional, como já bem enfatizava o sociólogo MONTESQUIEU desde o século XVIII.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A teoria da tripartição das funções estatais tem precedentes antigos, como bem assentou o Ministro Cezar Peluso, em 13/04/2005, no voto que proferiu no julgamento da ADI 3367-1/DF, por ocasião do debate sobre a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Na busca da origem histórica dessa noção de repartição de poderes, constata-se que os filósofos Aristóteles e Locke e o sociólogo Montesquieu foram os principais expoentes dessa engenharia do exercício do poder e todos eles o fizeram objetivando evitar o absolutismo, o abuso e a dominação de um poder sobre o outro.

Aristótelis, na sua clássica obra "A Política", defendia a ideia de que a concentração do poder político nas mãos de um só homem, "sujeito a todas as possíveis desordens e afeições da mente humana", era despropositado. Por isso, distinguia as funções do Estado em três: deliberante, executiva e judiciária.

Já o filósofo inglês John Locke, baseado na realidade da Inglaterra do século XVII, foi o responsável por formular a primeira construção sistemática de uma teoria da separação de poderes. Para ele, os Poderes do Estado se dividiriam em Legislativo, Executivo e Federativo.

Coube, porém, ao sociólogo francês Montesquieu, em 1748, na sua festejada obra "Do Espírito das Leis", defender a ideia de que o poder do Estado deveria ser dividido em três esferas: o Legislativo, encarregado de fazer, corrigir ou revogar as leis; o Executivo, incumbido de tratar das guerras, das relações exteriores e da segurança ("faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões") e o *Judiciário*, responsável pelos julgamentos e punições dos delitos (o príncipe ou magistrado pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Montesquieu chama-o "poder de julgar").

Lê-se que Montesquieu na sua época lutava de forma incansável para retirar o poder absoluto do Monarca e dos Reis. Ele via aquele sistema como opressor e humilhante aos súditos. Por isso, idealizou a tripartição dos poderes na sua forma clássica.

Dizia Montesquieu: “para que um cidadão não tema outro cidadão, é preciso que os três poderes não sejam exercidos pelo mesmo homem ou pelo mesmo “corpo dos principais” (sejam eles oriundos da nobreza, sejam eles oriundos do povo).”

O autor de “Do Espírito das Leis”, já naquela época, afirmava “que a experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites”. A seguir, dá a receita de como impedir o abuso: “Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder.”

Para Montesquieu qualquer pessoa que detém o poder de uma nação em suas mãos, sozinho, tenderia abusar desse poder e humilhar seus súditos. Essa era a receita dele contra o absolutismo e seus ideários foram tão importantes na época que acabaram sendo colocados em prática pelos liberais da Revolução Francesa de 1789. Ou seja, essa teoria acabou fazendo muito sucesso na época, inclusive foi adotada nos países democráticos da Europa e da América.

2. A SEPARAÇÃO DOS PODERES NO BRASIL

Quando se fala em repartição das funções estatais, logo vem à mente o que de há muito está previsto no artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789: “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada não possui Constituição” [sublinhamos].

No Brasil, a garantia dos direitos aos cidadãos é uma realidade, pois estão previstos na Carta Federal, e tem os três poderes assegurados na Constituição. Logo, por esse viés, o Brasil pode, sim, se orgulhar de ter uma Constituição, nos moldes do que dispõe o artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789.

Acontece, no entanto, que na prática, a atuação dos três poderes da União sempre gerou controvérsia e debates nos meios acadêmicos e jurídicos. A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo 2º, de forma taxativa, que os

Poderes da União, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são independentes e harmônicos entre si.

Porém, no cotidiano, observa-se que a convivência entre os poderes da República não tem sido assim tão independente, equilibrada e harmônica entre si como prevê o texto constitucional. Os conflitos entre os poderes da União são frequentes. Por isso, tem sido comum o Supremo Tribunal Federal (STF) ser chamado a se posicionar sobre as querelas relacionadas com a tripartição das funções estatais. À guisa de exemplo, cite-se as Ações Diretas de Inconstitucionalidades (ADIs) 3367/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, Plenário, DJ 22.9.2006 (Caso da Criação do CNJ); 4048/DF MC, Relator Ministro Gilmar Mendes, Plenário, DJe 22.8.2008 (possibilidade ou não de o Poder Executivo editar Medida Provisória para a abertura de crédito extraordinário); 2797/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, DJ 19.12.2006 (foro especial por prerrogativa de função. Lei 10.628/2002 que acrescentou os §§ 1º e 2º ao art. 84 do CPP. Possibilidade ou não de o legislador editar lei ordinária fazendo verdadeira interpretação autêntica da Constituição Federal); e os Mandados de Segurança 27.931/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 1º.4.2009; e MS/DF 32.033/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, DJe 17/02/2014 (interpretação material de projeto de lei. Controle preventivo de normas em processo de formação no Congresso Nacional).

As questões enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal nessas decisões, por serem complexas e relevantes para o Estado brasileiro, despertaram grande interesse nos meios jurídico, político e acadêmico, com repercussão na imprensa. Isto porque - como se sabe - quando uma decisão do STF limita ou impõe alguma providência ao Poder Legislativo ou ao Poder Executivo logo surge o comentário de que a decisão é esdrúxula e usurpadora de competência e aí surge aquele clima de "cara feia" entre os Chefes desses Poderes (Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário). Um vai à Televisão e fala "a", e o outro, atiçado pela imprensa, que sobrevive do sensacionalismo, replica e fala "b", e esse mal-estar perdura por alguns dias ou meses, prejudicando o processo de amadurecimento da democracia.

Os meios de comunicação logo publicam que a decisão do STF é heterodoxa e invasiva da competência reservada pela Constituição ao Poder Legislativo. Diante dessa realidade, o desafio que se propõe é apontar uma solução que evite o desequilíbrio, o abuso de um poder sobre o outro e o mal-estar que isso

gera entre seus titulares, com sérios riscos à democracia. Os titulares dos poderes da União precisam compreender que a República Federativa do Brasil está sedimentada sob os auspícios da federação, do regime democrático, do sistema representativo e um presidencialismo marcadamente de coalizão. Portanto, precisam implementar a política do diálogo institucional; do contrário, compromete-se a governabilidade do País.

O problema é que nem sempre o Poder Legislativo ou o Poder Executivo cumpre à risca suas atribuições institucionais. Então, provocado, o STF julga a causa, e o faz em garantia à dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais. E está correto, pois exerce a Jurisdição Constitucional no Brasil com base no artigo 103 da Constituição Federal, na Lei n. 9.868/99 e no seu Regimento Interno. O artigo 2º da Constituição Federal de 1988 é claro ao assentar que "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário". Ora, é o Supremo Tribunal Federal, como Órgão de cúpula do Poder Judiciário e guardião da Carta Federal que deve impor respeito e o máximo de efetividade ao texto constitucional.

Nessa esteira, mostra-se correto esse controle que o STF faz dos atos praticados pelos demais poderes, no controle concentrado ou difuso, para garantir o exercício pleno dos três poderes da União, com independência e harmonia, como prevê o citado artigo 2º da Constituição Federal de 1988.

Os freios e contra pesos devem existir entre os três poderes de forma recíproca e respeitosa, como tem sustentado a doutrina. Vejam o que às vezes tem ocorrido. O Poder Legislativo edita uma lei. O STF vem e diz que ela é inconstitucional e a retira do mundo jurídico. Pois bem, o Poder Legislativo, algumas vezes, por pura vingança e vaidade edita outra norma com os mesmos preceitos. Isso vira um verdadeiro "pingue-pongue", entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo. O Poder Legislativo tem poder para agir assim, mas tal postura não se coaduna com o princípio da boa convivência institucional, do respeito recíproco e da harmonia. Esse comportamento dos poderes se constitui num verdadeiro desserviço à Nação. E o mesmo ocorre contra o Supremo Tribunal Federal, quando ele julga questões polêmicas, complexas e relevantes para o Brasil. Basta citar o caso da PEC nº 33/2011, em que o Poder Legislativo, por "revanche", tentou restringir os poderes institucionais daquela Corte Suprema, mas essa malfadada PEC foi rejeitada.

Ora, o Brasil vive numa democracia, num regime representativo e Estado Constitucional de Direito. Os parlamentares são eleitos pelo povo. O Presidente da República é eleito pelo cidadão e administra o País com o apoio do Parlamento, no presidencialismo de coalizão. Os Ministros do STF são cidadãos de reputação ilibada e de notável saber jurídico. O STF, no exercício da Jurisdição Constitucional, nesse particular, tem preeminência em relação aos demais Poderes, mas nem por isso pode se tornar um superpoder em relação aos demais. É que o exercício da Jurisdição Constitucional no Brasil, na composição de conflitos, só pode ser exercido pelo Poder Judiciário, incluindo seu Órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal. E nesse mister, ele pode errar, mas, pelo menos é o último a errar. E, como é composto de seres humanos, isso pode ocorrer. Mas, precisa ser respeitado nos seus acertos e erros.

Tem mais: o efeito vinculante da declaração de inconstitucionalidade não alcança o Poder Legislativo e nem o próprio Supremo Tribunal Federal. Só gera efeitos em relação ao Poder Executivo, administração direta e indireta e demais esferas de governo, estadual e municipal. Isso significa que as questões decididas pelo STF podem ser reabertas novamente por ele. Como exemplo, pode-se citar o RE 580.963, Rel. Min. Gilmar Mendes e RE 567.985, Rel. Min. Marco Aurélio, julgados em 19/04/2013, em que o STF revisou e mudou o entendimento firmado antes no julgamento da ADI 1232, no caso de Benefício Social a idosos e hipossuficientes.

Reprise-se: quando o STF declara inconstitucional uma norma, o Poder Legislativo pode editar outra, com os mesmos parâmetros e isso não viola a Constituição Federal. O problema é quando tal postura – entre o STF o Poder Legislativo – vira um verdadeiro "pingue-pongue", como dito em linhas pretéritas. Nestes casos, só o diálogo institucional entre os Chefes desses poderes pode evitar tal prática.

Como visto na disciplina Separação de Poderes: Teoria e crítica, essas questões jurídicas e metajurídicas precisam ser levadas em conta entre os Chefes dos poderes da República antes de travarem qualquer discussão por meio midiático. O diálogo institucional entre os Chefes dos poderes é a chave do sucesso para se encontrar a solução do problema, pode até não acabar de vez com o impasse institucional, mas, pelo menos diminui substancialmente tais questiúnculas de natureza eminentemene comezinhas.

3. ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO MUNDO MODERNO

Diferente do que existe hoje, o Poder Judiciário não foi pensado por MONTESQUIEU para atuar judicializando a política, mas sim, para pronunciar apenas o previsto sobre norma preestabelecida pelo legislador. Só isso e nada mais, tanto é verdade que no início de sua criação ninguém dava muita importância a esse poder.

Entretanto, no Brasil, com o passar do tempo, diante da complexidade das novas demandas apresentadas, com o advento do neoconstitucionalismo, o ativismo judicial, o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais e da força normativa da Constituição, que trouxeram uma defesa ampla dos direitos sociais e dos direitos fundamentais do cidadão brasileiro, tornou-se necessária a atuação do Poder Judiciário na omissão do Poder Legislativo ou Executivo. Isso é fato e ninguém pode negar.

Somente após a Segunda Guerra Mundial é que o Poder Judiciário, nas democracias ocidentais, passou a atuar também como guardião dos direitos fundamentais, devido ao surgimento de novas competências atribuídas a esse poder.

Hoje, como é de sabença, por uma imposição constitucional, nenhuma lesão ou ameça a um direito pode ser excluído da apreciação do Poder Judiciário pela lei (CF, art. 5º, XXXV).

Como afirma José S. Carvalho Filho, é difícil hoje encontrar uma decisão política relevante no Estado brasileiro que não tenha sido objeto de judicialização.

O problema é que essa atuação do Poder Judiciário, e aqui se refere ao Poder Judiciário nacional, tem gerado discussões no seio da sociedade, principalmente quando a matéria examinada por ele é complexa ou então quando não está positivada, a exigir de seus juízes muita maestria e sabedoria, não só jurídica, mas, acima de tudo, bom-senso, para evitar decisões heterodoxas e o enaltecimento institucional.

Examinando as modificações no papel do Poder Judiciário, José S. Carvalho Filho conclui que "*o Poder judiciário se transformou no guardião de*

promessas constitucionais; além de intervir para a proteção da Constituição e dos direitos fundamentais, passa a ter como função institucional a recuperação de democracia.”

Esse mesmo autor relata, por exemplo, que já em meados da década de 50, um jurista francês - Antoine Garapon - se debruçava sobre o fenômeno da ampliação de poderes do Judiciário. Na obra intitulada “O juiz e a democracia: o guardião de promessas”, Garapon apresenta o Judiciário como instância de resgate dos ideais de Justiça, na medida em que o juiz se torna terceiro imparcial que compensa o déficit democrático da atuação ineficiente dos poderes políticos (Legislativo e Executivo). Leciona Garapon que:

> O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A posição de um terceiro imparcial compensa o “déficit democrático” de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos.

Lê-se, ainda, no texto de José S. Carvalho Filho que Eugênio Zaffaroni ao analisar a atuação do Poder Judiciário contemporâneo, afirmou:

> Certamente que o judiciário presta o serviço de resolver conflito entre pessoas, mas também presta outro serviço, que consiste em controlar que, nessas realizações normativas entre Estado e pessoas, o primeiro respeite as regras constitucionais, particularmente quantos limites impostos pelo respeito à dignidade da pessoa humana.

Todas essas questões são objeto de amplo debate no seio acadêmico, além de terem sido também enfrentadas nos julgados do Supremo Tribunal Federal que versaram sobre os conflitos entre os Poderes.

CONCLUSÃO

A tripartição das funções públicas é uma realidade e dela não se pode fugir. O que falta é aprender a conviver com ela. O diálogo institucional entre os Chefes dos poderes da República tem que existir e de forma respeitosa e proativa. Vive-se numa República, regime representativo, em democracia e no sistema presidencialista de coalizão. Da mesma forma, o desenho institucional da repartição de funções estatais também deve buscar garantir a independência e a harmonia entre os poderes, como prevê o artigo 2º da Constituição Federal.

Nenhum poder pode se sobrepor ao outro. O Poder Judiciário atua como neutralizador dos conflitos e merece respeito, mas não pode se tornar um superpoder em relação aos demais. A sua atuação está prevista na Constituição Federal (CF, art. 103), na Lei nº 9.868/99 e no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Seus julgamentos são importantes para a sociedade. O STF é o guardião da Constituição Federal e como tal deve cumprir seu mister com independência. Os julgados do Supremo Tribunal Federal já citados são a prova irrefutável do quanto esse órgão máximo do Poder Judiciário é importante para a democracia brasileira e para o País.

A criação do Conselho Nacional de Justiça pela Emenda Constitucional nº 45/2004 - tema debatido também durante o curso - foi um avanço no controle administrativo, financeiro e disciplinar da atuação do Poder Judiciário brasileiro. Esse era um desejo do cidadão e da sociedade brasileira. Com a instituição desse órgão de estatura constitucional, houve uma maior transparência do Poder Judiciário. A sociedade está confiando mais nos juízes, nos tribunais e o combate à morosidade da justiça e à corrupção tem sido uma constante. A decisão proferida pelo STF, na ADI 3367-1/DF, que declarou constitucional a criação do CNJ merece aplausos, porquanto muito bem fundamentada no texto constitucional.

Portanto, os juízes honestos, probos e trabalhadores não precisam se preocupar com a existência do Conselho Nacional de Justiça.

REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao capítulo VI do livro XI de O Espírito das leis. Revista dos Tribunais, Ano 97, V. 868, fevereiro 2008. São Paulo: RT, 2008;

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Seconda, Barão de La Brède e de. O Espírito das Leis. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005;

ABRANCHES, Sérgio Henrique. Presidencialismo de Coalização: O Dilema Institucional Brasileiro. Dados: Revista de Ciências Sociais 31, Rio de Janeiro, (1988);

LEVINSON, Daryl J. & PILDES, Richard H. Separation of Paties, not Powers. Harvard Law Review, Vol. 119, n. 8, June 2006, pp. 2311-2386;

LIMONGI, Fernando. A Democracia no Brasil: Presidencialismo, coalização partidária e processo decisório. São Paulo: novos estudos – CEBRAP, nº 76, pp. 17-41;

MADISON, James. O Federalista nº 51. In: HAMILTON, Alexander; JAY, John; e MADISON, James. O Federalista. Traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. 2 ed. Campinas: Russel Editores, 2005;

SANTOS, Fabiano. O Poder Legislativo no Presidencialismo de Coalização. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003;

BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe dar a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012;

OGG, Peter W. & BUSHELL, Alison A. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights't Such a Bad Thing After All). In Osgoode Hall L. J., 35, 1997).

MENDES, Corado H. Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação. São Paulo: Saraiva, 2011;

CARVALHO FILHO, José dos Santos. ENTRE O GUARDIÃO DE PROMESSAS E O SUPEREGO DA SOCIEDADE: LIMITES E POSSIBILIDADES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL. Sítio do IDP, 2013. Publicação conjunta em Revista: JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DEMOCRACIA. Coordenação Professora Júlia Maurmann Ximenes, 1ª edição, 2014.

Julgados do STF: (ADIs) 3367/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, Plenário, DJ 22.9.2006; 4048 MC, Relator Ministro Gilmar Mendes, Plenário, DJe 22.8.2008; 2797, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, DJ 19.12.2006; 27.931, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 1º.4.2009; e MS 32.033, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário;

Constituição Federal de 1988.